

REGELUNGSVORBEHALT UND RECHTSBEHELF

Versuch einer funktionalen Abgrenzung
und Ordnung der „Gestaltungsrechte“

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Gerwald Meesmann

Assessor aus Potsdam-Babelsberg

1968

Marburg

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

REGELUNGSVORBEHALT UND RECHTSBEHELF

Versuch einer funktionalen Abgrenzung
und Ordnung der „Gestaltungsrechte“



Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Gerwald Meesmann

Assessor aus Potsdam-Babelsberg

Marburg
1969



Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 12. Februar 1968

Berichterstatter : Professor Dr. Bruns
Mitberichterstatter: Professor Dr. Kötter

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Februar 1968

Literaturverzeichnis

- AFFOLTER, Wesen und Arten der objektiven Rechtsverhältnisse im römischen Recht und im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, GrünhutsZ 36 (1909), 545 ff.
- BALTZER, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, Beiträge zum Zivilrecht und Zivilprozeß Heft 14 (1965)
- BAUMBACH-LAUTERBACH, Zivilprozeßordnung 28. Aufl., München-Berlin 1965
- BEKKER, System des heutigen Pandektenrechts I, Weimar 1886
- BIERLING, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, II. Teil, Gotha 1883
- BIERLING, Juristische Prinzipienlehre I (Freiburg/Leipzig 1894) und II (1898)
- BIERMANN, Bürgerliches Recht I, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1908
- BINDER, Der Gegenstand, Kritische Ankündigung zum Sonderabdruck von Sohms Gegenstand, ZHR 59(1907), 1 ff.
zitiert: Gegenstand
- BINDER, Prozeß und Recht, Leipzig 1927
- BINDER, System der Rechtsphilosophie, Berlin 1937
zitiert: Rechtsphilosophie
- BÖTTICHER, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß, Festgabe für Rosenberg (1949) S. 73 ff.
zitiert: Streitgegenstand im Eheprozeß
- BÖTTICHER, Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungs-klagerecht, Festschrift für Dölle (1963) I S. 41 ff.
zitiert: Gestaltungsrecht

- BÖTTICHER, Gestaltungsrecht und Unterwerfung
im Privatrecht, Vortrag vor der
Berliner Juristischen Gesellschaft
am 8.11.1963, Berlin 1964
zitiert: Vortrag
- de BOOR, Gerichtsschutz und Rechtssystem,
Ein Beitrag zum Kampf gegen das
aktionenrechtliche Denken,
Leipzig 1941
- BOYER, Les Promesses synallagmatiques de
Vente, Contribution à la Théorie
des Avants-Contrats, Revue tri-
mestrielle de droit civil 47
(1949), 1 ff.
- BRINZ, Lehrbuch der Pandekten I, 2. Aufl.
Erlangen 1873
- BRUNS, Recht und Pflicht als Korrespon-
denzbegriffe des Privatrechts,
Festschrift für Nipperdey (1965)
I S. 3 ff.
zitiert: Recht und Pflicht
- BRUNS, 'Funktionaler' und 'instrumenta-
ler' Gehalt der Gestaltungsrechte
und Gestaltungsklagerechte, ZZP 78
(1965), 264 ff.
zitiert: Gestaltungsrechte
- BRUNS, Zivilprozeßrecht, Berlin 1968
zitiert: Lehrbuch
- BUCHER, Das subjektive Recht als Norm-
setzungsbefugnis, Tübingen 1965
- Oskar BÜLOW, Klage und Urteil, Berlin 1903
- CHIOVENDA, Istituzioni di Diritto Processuale
Civile, Nachdruck der 2. Aufl.,
Neapel 1960
- COING, Zur Geschichte des Begriffs
<subjektives Recht> in Coing-
Lawson-Frönfors, Das subjektive
Recht und der Rechtsschutz der
Persönlichkeit, 1959
zitiert: Subjektives Recht
- COING, Bemerkungen zum überkommenen Zi-
vilrechtssystem, Festschrift für
Dölle (1963) I S. 25 ff.
zitiert: Zivilrechtssystem
- CORNY-FOYER, Procédure civile, Paris 1958

- CROME, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts I, Einleitung und Allgemeiner Teil, Tübingen-Leipzig 1900
- DABIN, Le Droit subjectif, Paris 1952
zitiert: Droit subjectif
- DABIN, Droit subjectif et prérogatives juridiques, Examen des thèses de M. Paul Roubier in Académie royale de Belgique Classe des Lettres, Mémoires T.LIV, fasc. 3, 1960
zitiert: Examen
- DEGENKOLB, Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig 1877
- DEMOGUE, Des Modifications aux Contrats par Volonté unilatérale, Revue trimestrielle de droit civil 6(1907), 245 ff.
- DÜLLE, Juristische Entdeckungen, Festvortrag zum 42. Juristentag 1957
- ECKART, Die Abtretbarkeit der Gestaltungsrechte, insbesondere des Anfechtungsrechts. Zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Natur der Gestaltungsrechte, Diss. Göttingen 1930
- ELTZBACHER, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Berlin 1903
- ENDEMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 8. Aufl. Berlin 1903
- ENNECCERUS, Erwerbsberechtigungen, Beilage III zu Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889
- ENNECCERUS-NIPPERDEY, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1. Halbband 1959, 2. Halbband 1960
- ESSER, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, Wien 1949
- FENKART, Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1925
- O. FISCHER, Recht und Rechtsschutz, Berlin 1889

- FLECHTHEIM, Aufhebungsanspruch und Einrede, Gruchot 44 (1900), 65 ff.
- FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960 S. 135 ff.
zitiert: Rechtsgeschäft
- FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, Berlin 1965
- FORKEL, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht, Berlin 1962
- FRIEDRICHS, Subjektive Rechte, AnnDR 1921/22, 209 ff.
- OV. GIERKE, Deutsches Privatrecht III, Schuldrecht, München-Leipzig 1917
- GSCHNITZER, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, IherJB 76 (1926), 317 ff.; 78 (1928), 1 ff.
- GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Aufl. Zürich 1956
- HELLWIG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts I, Leipzig 1903;
zitiert: Lehrbuch
- HELLWIG, System des Deutschen Zivilprozeßrechts I, Leipzig 1912;
zitiert: System
- HELMREICH, Das Selbsthilfeverbot des französischen Rechts und sein Einfluß auf Gestaltungs- und Gestaltungs-klagerecht, Berlin 1967
- HENCKEL, Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961
- HENRICH, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Berlin/Tübingen 1965
- HEYER, Die Selbsthülfe, ArchBürgR 19 (1901), 38 ff.
- HIRSCH, Die Übertragung der Rechtsausübung, Vervielfältigung der Rechte, Berlin 1910

- HÖLDER, Über objektives und subjektives Recht, Vortrag; im Anhang: Die Rechtsnormen, Leipzig 1893
- ISELE, Geschäftsbesorgung, Umriss eines Systems, Marburg 1935
- JAHR, Die Einrede des bürgerlichen Rechts, Jus 1964, 125 ff., 218 ff., 293 ff.
- Georg JELLINEK, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl. 1892
- JOOSS, Gestaltungshindernisse und Gestaltungsgegenrechte, Diss. München 1967
- JOSSERAND, De l'Esprit des Droits et de leur Relativité, Théorie dite de l'Abus des Droits, 2. Aufl. Paris 1939
- KASER, Römisches Privatrecht I, München 1955
- KASER, Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht, Jus 1967, 237 ff.
zitiert: Römischer Anteil
- KIPP, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift für Martitz (1911) S. 211 ff.
- KISCH, Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903
- KLEINFELLER, Der Begriff "Anspruch", AcP 137 (1933), 129 ff.
- KLÖPPEL, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Gruchot 32 (1888), 611 ff.;
zitiert: Entwurf
- KLÖPPEL, Über den Begriff des Urheberrechts, Gruchot 34 (1890), 7 ff.
zitiert: Begriff des Urheberrechts
- KLÖPPEL, Die juristische Konstruktion des Urheberrechts, Gruchot 35 (1891), 76 ff.
zitiert: Konstruktion des Urheberrechts

- KOHLER, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, Allgemeiner Teil, Berlin 1906
zitiert: Lehrbuch
- KOHLER, Die sogenannten Gestaltungsurteile, RheinZ 1(1909), 39 ff.
zitiert: Gestaltungsurteile
- KREß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929
- KÜHNE, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten, Diss. Rostock 1929
- LANGHEINEKEN, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1903
zitiert: Anspruch und Einrede
- LANGHEINEKEN, Der verhaltene Anspruch, Festgabe für v. Brünneck (1912) S. 27 ff.
- LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München-Berlin 1967
- LARENZ, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967
- LEHMANN, Allgemeiner Teil des BGB, 15. Aufl., neubearbeitet von Hübner, Berlin 1966
- LENEL, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, Heidelberg 1876
- L'HUILLIER, La Notion du Droit Formateur en Droit Privé Suisse, Thèse Genève 1947
- LEONHARD, Ein Beitrag zu der allgemeinen Zivilrechtslehre und zur Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts, GrünhutsZ 10 (1883), 1 ff.
- LOEWENTHAL, Der Übergang der Gestaltungsrechte unter Lebenden und von Todes wegen, Diss. Köln 1932
- LORENZ, Vorzugsrechte beim Vertragsabschluß, Festschrift für Dölle (1963) I S. 103 ff.

- MANIGK, Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum, JherJb 83 (1933), 1 ff.
zitiert: Juristische Handlungen
- MANIGK, Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, Berlin 1935
zitiert: Privatautonomie
- MARTIN de la MOUTTE, L'Acte juridique unilatéral, Essai sur sa Notion et sa Technique en Droit civil, Paris 1951
- MOTIVE, Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1888
- MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899
- NEUBECKER, Vertragslösung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung als Exkurs zu dem Gutachten über russisches Recht, ZVerglRW 21 (1908), 35 ff.
- C. NEUNER, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1866
- R. NEUNER, Privatrecht und Prozeßrecht, Beiträge zum Zivilprozeß Heft 3, Mannheim-Berlin-Leipzig 1925
- OERTMANN, Zur Struktur der subjektiven Rechte, AcP 123 (1925), 129 ff.
- OERTMANN, Kommentar zum BGB I Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927;
II Schuldrecht 1, 3. Aufl. 1928
- OST, Die Zuordnung als Kriterium des subjektiven Rechts - dargestellt am subjektiven Vermögensrecht, Diss. Tübingen 1965
- PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 26. Aufl. München-Berlin 1967
- PIEPER, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Beiträge zum Zivilrecht und Zivilprozeß Heft 11, Köln-Berlin 1963
- PLANCK-SIBER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 1, 4. Aufl. Berlin 1914
- RAAPE, Das Haftungsgestaltungsrecht des Erben, JherJb 72 (1922), 293 ff.

- RAISER, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465 ff.
- REGELSBERGER, Pandekten I, Leipzig 1893
- W. RICHTER, Studien zur Geschichte der Gestaltungsrechte des deutschen bürgerlichen Rechts, Diss. Münster 1939
- ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. München-Berlin 1961
- ROUBIER, Droits subjectifs et Situations juridiques, Paris 1963
- v. SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts I, Berlin 1840
- SCHLOCHOFF, Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit, Diss. Breslau 1933
- SCHLOSSER, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966;
zitiert: Gestaltungsklagen
- SCHLOSSER, Selbständige peremptorische Einrede und Gestaltungsrecht im deutschen Zivilrecht, Jus. 1966, 257 ff.;
zitiert: Einrede
- SCHLOSSMANN, Der Vertrag, Leipzig 1876
- Reimer SCHMIDT, Die Obliegenheiten, Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe 1953
- Richard SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. Leipzig 1910
- v. SCHRUTKA-RECHTENSTAMM, Besprechung zu A. Wach, Der Feststellungsanspruch, GrünhutsZ 16 (1889), 617 f.
- A.B.SCHWARZ, Das einseitige Rechtsgeschäft in den neuesten Kodifikationen des Zivilrechts, ArchRWiPhil 16 (1922/23), 551 ff.
- SECKEL, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Festgabe für Koch (1903) S. 205 ff.

- SIBER, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903
zitiert: Rechtszwang
- SIBER, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JherJb 70 (1921), 223 ff.
zitiert: Vertragsfreiheit
- SIBER, Schuldrecht, Leipzig 1931
- STAAB, Gestaltungs- und Gestaltungs- klagerecht im Zivilprozeß, Diss. Saarbrücken 1967
- v. STAUDINGER-RIEZLER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band I, 10. Aufl. München 1936
- STEFFEN, Selbständige Gestaltungsrechte? Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der zivilrechtlichen Gestaltungsrechte, Diss. Würzburg 1966
- STEINBEISER, Die rechtliche Behandlung der Gestaltungsrechte, Diss. Göttingen 1935
- STROHAL, Über relative Unwirksamkeit, Sonderabdruck aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des österreichischen ABGB, Wien 1911
- THIELE, Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, AcP 89 (1899), 85 ff.
- THON, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878;
zitiert: Rechtsnorm
- THON, Die rechtsverfolgende Einrede, JherJb 28 (1889), 37 ff.
zitiert: Einrede
- v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910-1918
- VILLEY, Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit, Paris 1957
- WACH, Der Feststellungsanspruch, Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Festgabe für Windscheid (1888) S. 73 ff.

WALSMANN,	Der Verzicht, Leipzig 1912
WELZEL,	Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl. Berlin 1965
WIEACKER,	Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, Festschrift für Nipperdey (1965) I S. 783 ff.
WIECZOREK,	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1957
WIESE,	Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen, Festschrift für Nipperdey (1965) I S. 837 ff.
WINDSCHEID,	Lehrbuch des Pandektenrechts, Neudruck der 9. Aufl. (Frankfurt/M. 1906, bearbeitet von Kipp) Aalen 1963
Ernst WOLF,	Zum Begriff des Schuldverhältnisses, Festgabe für Herrfahrdt (1961) S. 197 ff.
Ernst WOLFF,	Bürgerliches Recht und Prozeßrecht in Wechselwirkung, Tübingen 1952
ZITELMANN,	Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Allgemeiner Teil, Leipzig 1900 <u>zitiert: Allgemeiner Teil</u>
ZITELMANN,	Internationales Privatrecht, München-Leipzig 1897-1912

Die verwendeten Abkürzungen folgen dem
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache
von KIRCHNER (Berlin 1957).

<u>Inhalt:</u>	<u>Seite</u>
Einleitung	1
§ 1 Vorläufer der 'Gestaltungsrechte' und die Aufnahme des SECKEL'schen Begriffs in der Lehre	6
§ 2 Aussage des Begriffs 'Gestaltungsrecht'	28
I. G e s t a l t u n g s r e c h t	29
II. G e s t a l t u n g s r e c h t	36
III. Vergleich mit bisherigen Definitionen der Lehre	41
§ 3 Die E i n s e i t i g k e i t der 'Gestaltungsrechte'	
A. Einseitige w i r k u n g	45
B. Einseitige A u s ü b u n g	60
§ 4 Einseitiger Eingriff und Privatautonomie	66
§ 5 Planergänzung und Sanktion als Grundlage einer Einteilung der 'Gestaltungsrechte'	74
§ 6 Regelungsvorbehalte	83
I. Regelungsvorbehalte bzgl. des Leistungsinhalts	85
II. Regelungsvorbehalte bzgl. der Dauer des Rechtsverhältnisses	90
III. Regelungsvorbehalte bzgl. der endgültigen Bindung	95
IV. "Zerfaserung" von Rechtsgeschäften	99
V. Zusammenfassung	100
§ 7 Rechtsbehelf als Oberbegriff für die rechtlichen Möglichkeiten der Überwindung von Rechtsstörungen	103
§ 8 Rechtsbehelfe des materiellen Rechts	114
I. Rechtsbehelfe zur Durchsetzung von Rechten	115
II. Sanktionierende Rechtsbehelfe	124
III. Rechtsbehelfe der Verteidigung	132
IV. Rechtsbehelfe bei Entstehungsmängeln	135
Schlußbemerkung	139

Einleitung

1. Die 'Gestaltungsrechte' sind ein Musterbeispiel für die (oft unheimliche) Wirkung sprachlich gefälliger, "blendender" Wendungen: mit der Prägung dieses Begriffes schien auf einmal die systematische Unruhe behoben, die die so mannigfaltigen, in das System der subjektiven Rechte nicht recht passenden Befugnisse zu rechtlichem Handeln stifteten. Sie alle wurden unter diesem Begriff eingefangen und erhielten ihren festen Platz neben den Herrschaftsrechten¹⁾.

Die wenigen, vor allem die Rechtsnatur der 'Gestaltungsrechte' angreifenden Gegenstimmen²⁾ verstummten bald. Heute sind die 'Gestaltungsrechte' eine allgemein anerkannte Kategorie der subjektiven Rechte³⁾, allenfalls der Anwendungsbereich des Begriffes wird unterschiedlich gesehen.

Um so überraschter ist man - und darin zeigt sich die Unheimlichkeit des Ausdruckes - , wenn bei näherer Betrachtung dieses das systematische Gewissen so beruhigenden Begriffs seine Umrisse immer mehr zerfließen. Das beginnt bereits mit seiner sprachlichen Bedeutung; denn was heißt "Gestaltung", was heißt "Recht"? Schon der doch eigentlich "urjuristische" Begriff "Recht" ist mehrdeutig⁴⁾, er gewinnt nicht an Prägnanz durch

-
- 1) DÖLLE aaO. S. 11 sieht hierin auch heute noch den Nutzen der SECKEL'schen "Entdeckung" der 'Gestaltungsrechte'.
 - 2) s.u. § 1 III S. 21 f.
 - 3) Stellvertretend für die herrschende Lehre s. ENNECERUS-NIPPERDEY aaO. § 73 I 3 S. 441 ff.
 - 4) Schon SCHLOSSMANN aaO. S. 243 verwundert sich darüber, daß "nicht zunächst das ganze Streben in der Jurisprudenz sich auf die vollständige Klärung dieses Begriffs gerichtet hat." - Ganz ähnlich ROUBIER aaO. S. 127: "Ce qui frappe le plus le lecteur non averti dans les ouvrages juridiques, c'est l'ambiguïté de sens des expressions les plus élémentaires de la langue. Il y a peu de termes dont on se serve aussi souvent que de l'expression «avoir un droit», et il n'y a pas qui ait été moins définie." - Hier wäre allerdings noch hinzuzufügen: ... d'une manière satisfaisante".

seine Verbindung mit dem so "schillernden" Begriff⁵⁾ der Gestaltung.

Die sprachlichen Schwierigkeiten könnten dahinstehen, wenn der Begriff im Schrifttum einheitlich verwendet würde; ein Blick in verschiedene Lehrbücher des Allgemeinen Teils läßt diese Hoffnung sehr schnell schwinden.

2. Eine "Besinnung auf das Gestaltungsrecht"⁶⁾ tut daher not, und zwar eine kritische Besinnung. Denn worauf ist es zurückzuführen, daß sich mit dem Begriff des 'Gestaltungsrechts' kein klarer Begriffsinhalt verbindet?

Es ist wohl nicht von ungefähr, daß die 'Gestaltungsrechte' in der Literatur einen verhältnismäßig geringen Platz einnehmen⁷⁾. Abgesehen von einer Reihe von Dissertationen in den Dreißiger Jahren, die sich vornehmlich mit der Frage der Übertragbarkeit der 'Gestaltungsrechte' auseinandersetzen⁸⁾, ist seit SECKEL keine umfassende Einzeldarstellung über die 'Gestaltungsrechte' erschienen. Eine Neubelebung der Diskussion um die 'Gestaltungsrechte' wurde von DÖLLE eingeleitet, der sie in seinem Vortrag vor dem 42. Juristentag 1957⁹⁾

5) BRUNS, Lehrbuch § 24 I 1c.

6) In Anlehnung an den Titel des Festschriftenbeitrags von BÖTTICHER für DÖLLE.

7) Eine ausführlichere Behandlung findet sich bei ZITELMANN, Internationales Privatrecht II S.32 ff. für die gleichbedeutenden "Rechte des rechtlichen Könnens"; ferner bei v.TUHR aaO. §§ 7 ff. und HELLWIG, Lehrbuch §§ 34 f. S. 232 ff.

8) Hier sind zu nennen die Arbeiten von KÜHNE (1929), ECKART (1930), LOEWENTHAL (1932) und SCHLOCHOFF (1933), sämtlich zur Frage der Übertragbarkeit der 'Gestaltungsrechte'. Etwas weiter angelegt die Arbeit von STEINBEISER (1935), doch auch wieder enger, da hier nur 5 'Gestaltungsrechte' behandelt werden. Schließlich ist noch die rechtshistorische Arbeit RICHTERS (1939) zu nennen.

9) DÖLLE, Juristische Entdeckungen, Festvortrag zum 42. Juristentag 1957.

als Beispiel einer "juristischen Entdeckung" anführte. BÖTTICHER hat ihnen seinen Beitrag in der Festschrift für HANS DÖLLE (1963) gewidmet und seine Gedanken in dem Vortrag vor der Berliner Juristischen Gesellschaft (1963) fortgeführt¹⁰⁾. Hierzu hat BRUNS unter dem an die BÖTTICHER'sche Bezeichnung anschließenden Titel "<Funktionaler> und <instrumentaler> Gehalt der Gestaltungsrechte und Gestaltungs- und Gestaltungsgegenrechte" Stellung genommen.¹¹⁾ Schließlich ist auf drei neue Dissertationen zu verweisen. STEFFEN¹²⁾ rückt wieder das Problem der Selbständigkeit der 'Gestaltungsrechte' in den Vordergrund, während HELMREICH einen Überblick über vergleichbare Erscheinungen im französischen Recht gibt.¹³⁾ Ebenfalls auf der heute herrschenden, so gefestigt erscheinenden Lehre von den 'Gestaltungsrechten' baut JOOSS seine Untersuchung über den Schutz vor der Ausübung von 'Gestaltungsrechten' auf¹⁴⁾. Er spricht hier - entsprechend den Einwendungen und Einreden bei "absoluten" und "relativen" Rechten - von Gestaltungshindernissen und Gestaltungsgegenrechten.

3. Der Grund für die Zurückhaltung bei der Behandlung der 'Gestaltungsrechte' liegt vor allem darin, daß der Begriff in seiner Funktion als "Lückenbüsser"¹⁵⁾ für grundverschiedene Dinge herhalten mußte und dadurch zu einer kaum überschaubaren Weite ausgedehnt wurde.

10) Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht.

11) ZZP 78 (1965), 264 ff.

12) "Selbständige Gestaltungsrechte?" (1966).

13) "Das Selbsthilfeverbot des französischen Rechts und sein Einfluß auf Gestaltungs- und Gestaltungs- und Gestaltungsgegenrechte" (1967).

14) "Gestaltungshindernisse und Gestaltungsgegenrechte" (1967)

15) Das gleiche hat KISCH, Urteilslehre S.11 f. für die Gestaltungsurteile festgestellt. - Durchaus positiv sieht diese Aufgabe der 'Gestaltungsrechte' DÖLLE aaO.S.11: "Das war eine echte Entdeckung, die eine Lücke in unserem System der subjektiven Rechte geschlossen hat."

Nur zu Recht sagt REIMER SCHMIDT¹⁶⁾: "Über die Kannrechte (gleichbedeutend mit 'Gestaltungsrechte') mit ihren differenzierten Einzelercheinungen läßt sich nur wenig Allgemeines sagen." Diese Eigenschaft der 'Gestaltungsrechte' ist nicht gerade ein Anreiz für ihre systematische Behandlung. Um so mehr fordert sie jedoch dazu auf, den Wert eines so "systemfeindlichen" Begriffes zu überdenken und zu sehen, ihm durch sinnvolle Ausgrenzungen mehr Aussagekraft und Bestimmtheit zu verleihen. Mit den einfachen Anführungszeichen, in die der Begriff stets gesetzt wird, soll seine unklare und sehr unterschiedliche Verwendung im Schrifttum angedeutet werden. Das geschieht in der Hoffnung, daß die 'Gestaltungsrechte' dieses Zeichen ihrer Schwäche einmal werden abschütteln können.

4. Gang der Darstellung:

Einzelne der von SECKEL unter dem Begriff 'Gestaltungsrechte' zusammengefaßten Erscheinungen hatten schon vor 1900 die Aufmerksamkeit verschiedener Autoren erregt. Ein kurzer Überblick über die in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen und über die - teils kritische, überwiegend jedoch zustimmende - Aufnahme des SECKEL'schen Begriffs in der Lehre bietet nicht nur einen Einblick in die Entwicklung des Begriffs, sondern zugleich zahlreiche Gesichtspunkte für die Abgrenzung und Ordnung der 'Gestaltungsrechte' (§ 1). Die Überprüfung der (vermeintlichen) Aussagekraft des Begriffs sowie die Gegenüberstellung verschiedener Definitionen in der Lehre führen zu dem funktionalen Angrenzungskriterium der einseitigen **W i r k u n g** der 'Gestaltungsrechte' gegenüber dem Gestaltungsgegner (§ 3). Die einseitige **A u s ü b u n g** der 'Gestaltungsrechte' wirft die Frage auf, wie sich die einseitige Gestaltung mit dem Grundsatz der (wechselseitigen) Privatautonomie verträgt (§ 4).

Die verbliebene Masse von Möglichkeiten der einseitigen Gestaltung bleibt trotz der funktionalen Abgrenzung noch unübersichtlich genug.

16) aaO.S.51.

Erst eine - wiederum - funktionale Betrachtungsweise (§ 5) ermöglicht es, die 'Gestaltungsrechte' auf zwei Gruppen zurückzuführen: einmal sind es Gestaltungsmöglichkeiten zur Ergänzung eines ursprünglich offenen Planes - ihre Funktion ist die abschließende Regelung des Inhalts eines Rechtsverhältnisses (Regelungsvorbehalte - § 6); zum andern sind es Gestaltungsmöglichkeiten zur Überwindung von Planstörungen - ihre Funktion ist die Behebung von oder der Ausgleich für Rechtsstörungen (Rechtsbehelfe - §§ 7 und 8).

§ 1 Vorläufer der 'Gestaltungsrechte' und die Aufnahme
des SECKEL'schen Begriffs in der Lehre.

Der folgende Überblick soll sich darauf beschränken, zu zeigen, von wie verschiedenen Ausgangspunkten her die unter dem Begriff der 'Gestaltungsrechte' zusammengefaßten Erscheinungen vor und nach SECKEL behandelt wurden. Es handelt sich also nicht um eine "Geschichte der Gestaltungsrechte"¹⁾, vielmehr sollen mit den verschiedenen möglichen Betrachtungsweisen Ansätze für die späteren Ausführungen gewonnen werden: die bei den einzelnen Autoren in den Vordergrund gerückten Gesichtspunkte werden im Folgenden teils als Abgrenzungskriterien, teils als Grundlage einer Ordnung der 'Gestaltungsrechte' dienen können.

Die "Entdeckung"²⁾ der 'Gestaltungsrechte' durch SECKEL³⁾ bestand vornehmlich darin, für die so mannigfaltigen Erscheinungen einen handlichen Ausdruck gefunden, eine umfassende Zusammenstellung unternommen⁴⁾ und zugleich eine ganze Reihe von Einteilungsgesichtspunkten für ihre Systematisierung geliefert zu haben.

-
- 1) Hierzu s. W. RICHTER, Studien zur Geschichte der Gestaltungsrechte des deutschen bürgerlichen Rechts, Diss. Münster 1939. - Trotz des umfassenden Titels werden hier nur fünf 'Gestaltungsrechte' behandelt (Aufrechnung, Anfechtung, Wahlrecht, Kündigung und Rücktritt); die geschichtliche Betrachtung zeigt, daß hier recht Verschiedenes zusammengefaßt wird, was einer gemeinsamen Geschichte entbehrt.
 - 2) So H. DÖLLE in dem Festvortrag zum 42. Juristentag (1957) unter dem Titel "Juristische Entdeckungen".
 - 3) E. SECKEL, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Festgabe für R. KOCH (1903), S.205 ff.
 - 4) aaO. S. 207 N. 2 - hier zeigt sich der vorwiegend exegetische Charakter der SECKEL'schen Arbeit.

I. Zunächst ein Blick zurück in die Zeit vor SECKEL. Einzelne der hier zusammengefaßten Erscheinungen waren vorher unter anderen Bezeichnungen wie etwa "Befugnisse", "Gewährungen", "Erwerbsberechtigungen" im Schrifttum behandelt worden, freilich noch nie so umfassend, sondern stets unter einem von vornherein einschränkenden Gesichtspunkt, wie die Begriffe "negative Rechte", "Erwerbsberechtigungen" zum Ausdruck bringen. Auch hatte ihre Einordnung in das von den Rechten des Einzelnen ausgehende Privatrechtssystem Schwierigkeiten bereitet; SECKEL überwand sie, indem er diese Erscheinungen als "Gestaltungsrechte" den "Herrschaftsrechten" gegenüberstellte und so in das System der subjektiven Rechte einfügte. Eine entsprechende Ausweitung des Begriffs des subjektiven Rechts war damit zwangsläufig verbunden⁵⁾.

1. Im römischen Recht begegnet uns der Begriff "ius" nicht im Sinne unseres 'subjektiven Rechts'⁶⁾. Der Einzelne ist in der Rechtsordnung befangen, die Rechtsordnung wird noch nicht aufgelöst in die Rechte der Einzelnen⁷⁾. Bei dieser Grundeinstellung kann es dem Einzelnen nicht zustehen, einseitig ohne staatliche Mitwirkung Rechtswirkungen gegen einen anderen zu setzen.

Die Macht zu einseitiger Gestaltung der rechtlichen Beziehungen bedeutet gegenüber dem römischen Recht "ein neuartiges Prinzip"⁸⁾, das dem deutschen Rechts-

5) Hierzu s.u. S. 16 und S. 23 f.

6) Hierzu s. M. VILLEY, *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, 1957; VILLEY weist nach, daß 'ius' in den *Digesten* nie subjektiv ausgelegt wird; der Satz "Ius suum cuique tribuere" beziehe sich auf den 'status' von Personen und Sachen, nicht aber auf ein subjektives Recht.

7) Bezeichnend hierfür der Satz: "ita ius esto".

8) A.B.SCHWARZ, Das einseitige Rechtsgeschäft in den neuesten Kodifikationen des Zivilrechts, *ArchRWPhil.* 16(1922/23), 562; so bereits NEUBECKER aaO. S. 42. - S.a. KASER, *Der Römische Anteil* S. 241 N.15.

denken entspringt⁹⁾ und erstmals im Bürgerlichen Gesetzbuch in größerem Umfang eine gesetzliche Anerkennung fand. Erst eine "sich verfeinernde Rechtstechnik"¹⁰⁾ konnte zur privatrechtlichen einseitigen Rechtsänderung gelangen.¹¹⁾ Voraussetzung ist vor allem die Überwindung der naiven Rechtsdenken eigenen Gleichsetzung von Recht und Rechtsobjekt¹²⁾. Erst dann ist Raum dafür, dem Einzelnen die Macht zu einseitiger Veränderung von Rechtsverhältnissen - ohne unmittelbare Einwirkung auf die zugrundeliegenden (tatsächlichen) Lebensverhältnisse - zu verleihen.

2. v. SAVIGNY setzt diese Unterscheidung von Lebens- und Rechtsverhältnis voraus, wenn er von dem eigenen Lebensprozeß, der "beweglichen Seite" der Rechtsverhältnisse spricht¹³⁾. Entstehung, Entwicklung und Auflösung der Rechtsverhältnisse, "vorzüglich auch ihre Verfolgung, wenn sie verletzt werden", rechnet er hierzu. All das seien "einzelne Momente in dem organischen Leben der Rechtsverhältnisse".¹⁴⁾ Wenn SAVIGNY davor warnt, sie als eigene neue Rechte aufzufassen, so sind hiermit

9) S. RICHTER aaO. S. 151 und NEUBECKER aaO.

10) RAISER, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht ... in JZ 1961, 466; KISCH, Urteilslehre S. 49: "Je mehr sich der Verkehr entwickelt und je freier sich die Stellung des Individuums innerhalb der Rechtsordnung gestaltet, umso natürlicher ist es, daß der Gesetzgeber bestimmte Rechtsfolgen unmittelbar an die außerprozessualen Tatsachen knüpft, unter denen die wichtigsten naturgemäß die Rechtsgeschäfte der Privaten sind."

11) Das Beispiel der Aufrechnung ist hier aufschlußreich: ein prozeßrechtliches Institut im römischen Recht, verlangt sie die staatliche Mitwirkung des Gerichts; im Gemeinen Recht tritt die Wirkung *ex lege* ein - "*ipso iure compensatur*", so art. 1290 cc.; im BGB ist dann die Aufrechnung geknüpft an die private Willenserklärung.

12) COING, Subjektives Recht S. 12

13) SAVIGNY, System I S. 393 f.

14) aaO.

genau genommen doch wohl die Möglichkeiten des Einzelnen, diese Veränderungen herbeizuführen, gemeint. SAVIGNY sieht es als eine Begriffsverwirrung an, diese Möglichkeiten mit den ursprünglichen Rechtsverhältnissen - das Recht des Einzelnen, die Befugnis, ist nur eine Seite des Rechtsverhältnisses¹⁵⁾ - auf eine Linie zu stellen.

3. Ausgehend nicht von den Rechtsverhältnissen, sondern von den staatlichen Imperativen, stößt auch THON¹⁶⁾ auf die dem Einzelnen zuerkannten Befugnisse¹⁷⁾, Rechtsänderungen herbeizuführen. Durch die Imperative allein - Gebote und Verbote - wirke die Rechtsordnung Recht. Wenn auch die Rechtsordnung an bestimmte Handlungen des Einzelnen Rechtswirkungen knüpfe, so bleibe doch sie es, die das Recht schaffe. Die Rechtswirkungen könnten bald darin bestehen, daß ein Imperativ erzeugt (Okkupation, Vertragsschluß), bald darin, daß ein Imperativ zurückgenommen (Dereliktion, Erlaß), bald darin, daß ein Imperativ verändert werde (Tradition, Zession). -

Zu den subjektiven Rechten kann THON die Befugnisse nicht zählen. Denn für ihn heißt subjektives Recht "die Gewährung eines eventuellen Anspruchs"¹⁸⁾, was bei den Befugnissen gerade nicht der Fall ist.

4. Nur eine Gruppe der Befugnisse THONs, nämlich die, die zur Aufhebung eines Imperativs führen, behandelt BEKKER unter dem Begriff "negative Rechte"¹⁹⁾.

15) aaO. S.7

16) THON, Rechtsnorm und subjektives Recht 1878, insbesondere S. 335 ff.

17) aaO. Vorwort S.V f., S.325 ff. ausführlich am Beispiel der Veräußerungsbefugnis behandelt. 'Befugnis' ist, wie 'Recht', ein mehrdeutiger Begriff; LEONHARD aaO. verwendet ihn z.B. als Oberbegriff für die subjektiven Rechte.

18) aaO. S.218

19) BEKKER, System I § 28 S.89 ff.

"<Negative> Rechte heißen wir solche, deren Wirkung sich darauf beschränkt, die Wirkungen anderer (<positiver>) Rechte zu brechen, und zwar entweder nur zu hemmen oder ganz aufzuheben.²⁰⁾ Es seien "wahre Rechte", auch sie verliehen "dem Berechtigten (Rechtssubjekt) etwas, ein Dürfen, Können, eine Fähigkeit".²¹⁾ Die 'negativen' Rechte seien Vermögensrechte, ihr Wert entspreche dem, was das 'positive Recht' durch ihr Bestehen an Wert verliere. - Die Form der Ausübung richte sich nach ihrer Wirkung: "...; prozessualisch ist das negative Recht zu diesem ende (sol. teilweise Hemmung oder Hemmung auf Zeit) einredeweise zu benutzen. Oder das negative Recht vermag das positive Recht gänzlich zu vernichten; hierzu bedarf es regelmäßig der Klage."²²⁾

Die Stellung des Gegners des negativen Rechts streift BEKKER kurz bei der Frage nach dem Objekt dieser Rechte: "Soll das negative Recht nicht als objektlos konstruiert werden, so müsste man wol das gegenüberstehende positive Recht als sein Objekt annehmen; das Subjekt des positiven Rechts zum Objekt des negativen zu machen, dürfte noch schwieriger werden."²³⁾

5. Greift BEKKER die Befugnisse negativen Inhalts aus der Masse der Befugnisse THONs heraus, so wendet sich ENNECCERUS den Befugnissen positiven Inhalts zu, die er unter der Bezeichnung "Erwerbsberechtigungen" zusammenfaßt²⁴⁾. Beispiele sind die ausschließlichen Aneignungsrechte und die Vormerkung. In das Schema der Sachenrechte und Obligationen seien sie, so meint ENNECCERUS, nicht einzuordnen; sie gewährten keine Herrschaft, sondern nur ein "Erwerbenkönnen". Dennoch

20) aaO. S. 89

21) aaO. S. 47

22) aaO. Beil. I zu § 28 S. 92

23) aaO. S. 92

24) ENNECCERUS, Erwerbsberechtigungen, Beilage III zu Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1889 S. 600 ff.

seien es subjektive Rechte; wenn auch die Erwerbsberechtigungen - häufig mit anderen Befugnissen verbunden - meist Inhalt eines Rechts seien, so sei damit noch nicht gesagt, daß "sie für sich allein als Rechtsinhalt nicht sollten gedacht werden können"²⁵⁾. Das Beispiel der "pendenten" Rechte zeige, daß die Annahme eines subjektiven Rechts nicht unbedingt eine Befugnis zu "präsender direkter Einwirkung auf Personen oder Sachen" erfordere.²⁶⁾

6. HÖLDER²⁷⁾ unterscheidet zwischen der Bewirkung realer Erfolge auf Grund eines rechtlichen Dürfens und der Bewirkung rechtlicher Erfolge auf Grund eines rechtlichen Könnens. So bringt er zum Ausdruck nicht nur das unterschiedliche Fundament, sondern auch den verschiedenen Wirkbereich solcher 'Bewirkungen'. Rechtliches Dürfen und rechtliches Können seien "rechtliche Fähigkeiten", sie seien zusammen mit den rechtlichen Befugnissen 'Berechtigungen'²⁸⁾. Es handelt sich jedoch um sekundäre Berechtigungen, da sie in der Regel das Bestehen von Befugnissen und Verpflichtungen voraussetzten, häufig seien sie aber auch auf das Recht der Persönlichkeit zurückzuführen²⁹⁾.

7. REGELSBERGER³⁰⁾ stellt Handelndürfen und Handelndkönnen (z.B. Nutzungs-, Veräußerungs-, Kompensationsrecht) auf eine Ebene unter dem Begriff der "Rechtsbefugnisse". - Die subjektiven Rechte als "rechtlich anerkannte und geschützte Interessen- und Machtkreise"³¹⁾ (es sind "Befugniscentren"³²⁾) steckten Befugnisspären ab; die hieraus fließenden Rechtsbefugnisse seien selbst

25) aaO. S. 620 f.

26) aaO. S. 621

27) HÖLDER, Über objektives und subjektives Recht mit Anhang: Die Rechtsnormen, 1893.

28) aaO. S. 21

29) aaO. S. 43

30) Pandekten I 1893 insbes. S. 74 ff.

31) aaO. S. 74

32) aaO. S. 76 f.

keine subjektiven Rechte, sondern nur deren "Ausstrahlungen"³³⁾. - Das Gestaltungsmoment der Rechtsbefugnisse hebt REGELSBERGER hervor, wenn er sie den Rechten - "zuständlichen Wesen" - gegenüberstellt.

8. Auch BIERLING³⁴⁾ faßt unter 'Befugnis' rechtliches Dürfen (nicht verbotenes Handeln) und rechtliches Können (Fähigkeit, durch Rechtsgeschäfte Rechtswirkungen zu erzeugen) zusammen.

Rechtliches Können sei die Fähigkeit, "subordinierte" - auf Grund superordinierter Rechtsnormen geltende - Normen zu setzen. Diese Fähigkeit habe eine faktische Seite (Bewußtsein, Gelegenheit), die noch keine Beziehung zu bestimmten Rechtsnormen habe; zum andern habe sie auch eine rechtliche Seite, die einen "nach Richtung und Inhalt bedingten Anspruch oder eine nach Richtung und Inhalt bedingte Pflicht" darstelle³⁵⁾. Der bedingte Rechtsanspruch erscheint BIERLING zumindest bei den "Fähigkeiten zum Rechtserwerb ... als das eigentlich Wesentliche an der Sache".³⁶⁾ Eine bedeutende Einschränkung gegenüber den 'Befugnissen', wie sie im vorhergehenden dargestellt wurden³⁷⁾, erfolgt dadurch, daß unter dem 'rechtlichen Können' nur die Fähigkeit zu rechtsgeschäftlicher Setzung von Rechtswirkungen verstanden wird, also nur die Fälle der Rechtsnormensetzung. Damit scheiden die "Rechtsbethätigungshandlungen"³⁸⁾ aus, wie Erfüllung von Rechtspflichten, Geltendmachung von Ansprüchen, Kündigung, Erbschaftsannahme, Zurückweisung rechtswidriger Angriffe, Prozeßanträge aller Art.

33) aaO. S. 76

34) BIERLING, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II. Teil 1883 S. 49 ff.

35) aaO. S. 72

36) Juristische Prinzipienlehre I S. 165

37) S.o. unter Ziffer 3, 6 und 7.

38) Prinzipienlehre II S. 46 ff.

9. WINDSCHEID³⁹⁾ teilt die subjektiven Rechte in zwei Gruppen ein : die einen gäben dem Berechtigten einen maßgebenden Willen für die Durchsetzung, die anderen für das Sein von Befehlen der Rechtsordnung. Bei der zweiten Art von Rechten sei "der Wille des Berechtigten maßgebend ... für die Entstehung von Rechten der zuerst gedachten Art, oder für den Untergang oder die Veränderung entstandener."⁴⁰⁾ Als Beispiele nennt

WINDSCHEID das Veräußerungsrecht, das Abtretungsrecht bei Forderungen, das Rücktrittsrecht, das Kündigungsrecht. -

wie bereits THON hebt auch WINDSCHEID hervor, der im subjektiven Recht gebietende Wille sei stets der Wille der Rechtsordnung, nicht der des Berechtigten: "Die Rechtsordnung (...) hat auf Grund eines konkreten Tatbestandes einen Befehl zu einem Verhalten bestimmter Art erlassen und diesen Befehl demjenigen, zu Gunsten dessen sie ihn erlassen hat, zur freien Verfügung hingegeben."⁴¹⁾ - während THON jedoch das subjektive Recht nur in der Verheißung eventueller Ansprüche sieht, bedeutet für WINDSCHEID das subjektive Recht, daß die Rechtsordnung dem einzelnen i h r e n Befehl zur Verfügung stellt: "Das Recht ist sein Recht geworden" ⁴²⁾. Dieser Unterschied und die sehr weite Fassung des Begriffs 'subjektives Recht' ermöglichen es WINDSCHEID, hier von subjektiven Rechten zu sprechen.

10. Im Anschluß an die 'negativen Rechte' BEKKERS faßt CROME⁴³⁾ einen Ausschnitt der 'Befugnisse' unter dem Begriff "Gegenrechte" zusammen, so z.B. das Anfechtungsrecht, das Rücktrittsrecht, das Kündigungsrecht, das Aufrechnungsrecht, die Einrederechte. Sie

39) WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Neudruck der 9. Aufl. 1906, insbes. S. 155 ff.

40) aaO. S. 156

41) aaO. S. 155 f.

42) aaO. S. 156

43) CROME, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Band I 1900, insbes. § 34 S. 176 ff.

ermöglichten dem Einzelnen, mittels eines Willensaktes ihm vorteilhafte Rechtswirkungen herbeizuführen⁴⁴⁾.

Die Gegenrechte seien subjektive Rechte, die sich von den anderen subjektiven Rechten dadurch unterscheiden, "daß erst die Ausübung es ist, die ihnen realen Gehalt gibt."⁴⁵⁾ - Bei CROME findet sich erstmals die bewußte Gegenüberstellung von Zuständigkeit und Ausübung dieser Rechte: "Die Reaktionshandlung ist also von der rechtlichen Zuständigkeit, wirksam zu reagieren, wohl zu unterscheiden. Letztere ist das subjektive Recht, erstere dessen Ausübung und Rechtsgeschäft".⁴⁶⁾

11. Die Unterscheidung von rechtlichem Dürfen und rechtlichem Können, wie sie sich bei HÖLDER und REGELSBERGER fand⁴⁷⁾, macht ZITELMANN⁴⁸⁾ zur Grundlage seiner Einteilung der subjektiven Rechte in "Herrschaftsrechte" - diese unterteilt in "Darf-" und "Sollrechte" - und "Kannrechte"⁴⁹⁾.

Das rechtliche Können als "Macht über eine gewisse Rechtswirkung", wird in bewußter Ausdehnung des Begriffs 'subjektives Recht' als ein Recht "abgeleiteter, sekundärer Art" den subjektiven Rechten untergeordnet. Es seien abgeleitete Rechte, da sie "das Dasein oder die Möglichkeit ursprünglicher subjektiver Rechte" voraussetzten⁵⁰⁾, sie gewannen "realen Inhalt erst mit ihrer Ausübung"⁵¹⁾. -

44) aaO. S. 177

45) aaO. S. 177

46) aaO. S. 177 Anm. 6

47) S.o. unter Ziffer 6 und 7

48) ZITELMANN, Internationales Privatrecht, insbes. Band II S. 32 ff.

49) wiederholt ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Einteilung einmal von der Aktivseite (Dürfen, Können), einmal von der Passivseite aus erfolgt und daher bedenklich ist - s.z.B. SECKEL aaO. S. 210 und WALSMANN aaO. S. 56.

50) aaO. S. 32

51) aaO. S. 35; vgl. bereits CROME, oben Ziffer 10.

ZITELMANN stellt die Kannrechte als "besondere Möglichkeit", die "durch konkrete Tatsachen gerade für diese einzelne Person im Unterschied gegen andere" gegeben sei, "der allgemeinen Möglichkeit, durch Errichtung eines Rechtsgeschäfts rechtliche Wirkungen herbeizuführen, eine Möglichkeit, die für jeden geschäftsfähigen Menschen vorliegt", entgegen⁵²⁾. Nicht zuletzt die fließende Grenze zwischen den allgemeinen und den besonderen Möglichkeiten mag die Zweifel daran, ob hier überhaupt von subjektiven Rechten gesprochen werden könne, geweckt haben⁵³⁾.

12. Diese Zweifel führen dann auch z.B. bei ELTZBACHER zur Verneinung der Rechtsnatur für "die Möglichkeit, durch ein eigenes Verhalten eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen."⁵⁴⁾ Diese Möglichkeit sei Teil eines Tatbestandes, kein verletzbares Recht; allenfalls könne hier die Freiheit dessen, der die Rechtsfolge herbeizuführen befugt sei, verletzt werden. - Anknüpfend an den Begriff der Vertretungsmacht spricht ELTZBACHER von "rechtlicher Macht", also z.B. "Kündigungsmacht", "Rücktrittsmacht", "Anfechtungsmacht".⁵⁵⁾

13. Wegen der grundlegenden Unterschiede zwischen den 'Kann- und Darfrechten' ZITELMANNs hält es BÜLOW⁵⁶⁾ im Interesse einer sauberen Rechtssystematik für geboten, "sämtliche Entfaltungen der von der Rechtsordnung verliehenen Macht, die Entstehung, Umgestaltung, Aufhebung, Entkräftung von Rechten zu bewirken, nicht

52) aaO. S. 43 f.

53) S. z.B. aaO. S. 20; deutlich auch auf S. 32: "Sofern der Begriff subjektiver Rechte hier überhaupt angewendet wird und angewendet werden darf - was beides nicht überall gleichmäßig der Fall ist -, ..."

54) ELTZBACHER, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht 1903, insbes. S. 103 ff.

55) aaO. S. 104

56) BÜLOW, Klage und Urteil 1903, insbes. S. 17 ff.

selbst wieder als Rechte" zu bezeichnen⁵⁷⁾. Auch BÜLOW sieht die Parallele zwischen "generellen Fähigkeiten" (z.B. Verträge abzuschließen, Vollmachten zu erteilen) und besonderen Befugnissen, die, "weil sie sich auf bereits bestehende konkrete Rechtsverhältnisse beziehen, oft auch durch bestimmte rechtsgeschäftliche Erklärungen hervorgerufen sind, enger begrenzt und schärfer individualisiert, als jene" seien⁵⁸⁾. Der Ausdruck "Berechtigung" sei geeignet, die hiermit gegebene "Rechtsbestimmungsmacht"⁵⁹⁾, auch "Rechtschaffungsvermögen" genannt⁶⁰⁾, wiederzugeben. - BÜLOW resigniert jedoch vor dem Sprachgebrauch des BGB, der auf die "Ungenauigkeit und verschwenderische Freigebigkeit" bei der Verwendung des Wortes 'Recht' zurückzuführen sei⁶¹⁾.

14. SECKEL prägt dann in Anlehnung an die von v. SCHRUTKA-RECHTENSTAMM⁶²⁾ erstmals so bezeichneten "Rechtsgestaltungsklagen" den ebenso einprägsamen Ausdruck "Gestaltungsrechte". Er formuliert ihren Inhalt als "die Macht, eines der Herrschaftsrechte (dies ist die Gegenkategorie zu den Gestaltungsrechten) oder eine sonstige Rechtsbeziehung einseitig zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, mit einem Worte, zu gestalten"⁶³⁾. SECKEL meint, daß trotz aller Verschiedenheit zwischen Herrschafts- und Gestaltungsrechten der Begriff des subjektiven Rechts nach seiner "herkömmlichen Begriffsbestimmung" weit genug sei, beide zu umfassen⁶⁴⁾. - Die Vielfalt der von SECKEL unter den "Gestaltungsrechten" vereinten Erscheinungen vermittelt seine zur "induktiven Veranschaulichung" vorgenommene Aufzählung⁶⁵⁾.

57) aaO. S. 21

58) aaO. S. 21 Anm. 21

59) aaO. S. 21

60) aaO. S. 18

61) aaO. S. 12

62) v. SCHRUTKA-RECHTENSTAMM, Besprechung zu A. WACH, Der Feststellungsanspruch, in Grünhuts Z 16(1889), 617 f.

63) aaO. S. 208

64) aaO. S. 215

65) aaO. S. 207 Anm. 2

II. Dank ihrer ebenso handlichen wie plastischen Bezeichnung setzen sich die 'Gestaltungsrechte' rasch durch. Von den meisten Autoren wird der Begriff übernommen und in das jeweilige System der subjektiven Rechte eingefügt.

1. HELLWIG⁶⁶⁾ stellt Gestaltungsrechte und Ansprüche auf eine Ebene unter dem Begriff "Einzelberechtigung" - das sind Bestandteile der Rechtsverhältnisse, sie wurzeln in den "Grundverhältnissen"⁶⁷⁾. Beiden, Gestaltungsrecht wie Anspruch, sei gemeinsam, daß sie auf eine dem Berechtigten gebührende Rechtsänderung zielen. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß einmal der Berechtigte die Rechtsänderung durch eigene Tat herbeiführen könne, das andere Mal der Verpflichtete die Änderung herbeizuführen habe und notfalls durch Urteil und Klage dazu gezwungen werden könne⁶⁸⁾. HELLWIG zählt zu den Gestaltungsrechten unter anderem Mahnung, Vorkaufsrecht, Wahlrecht, Aneignungsrecht, Anfechtungsrecht, Aufrechnungsrecht, Einrederecht⁶⁹⁾.

2. Auch BIERMANN⁷⁰⁾ faßt Ansprüche und Gestaltungsrechte unter einem Begriff - "Ausflußrechte" - zusammen. Sie ergäben sich auf Grund "eines besonderen selbständigen Tatbestandes", es seien "überwiegend Rechte, welche der Verwirklichung des Quellrechts dienen". Der besondere Entstehungstatbestand hebe sie von solchen Befugnissen ab, "welche lediglich Bestandteile eines Rechts bilden", wie z.B. Veräußerungsbefugnis, Gebrauchsbefugnis. - In der Abgrenzung der

66) HELLWIG, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts 1903 Bd. I S. 232 ff. und System I S. 273 ff.

67) Lehrbuch I S. 194

68) System I S. 273

69) Lehrbuch I S. 234 ff.

70) BIERMANN, Bürgerliches Recht I 1908, insbes. S. 101 ff.

Gestaltungsrechte von den rechtlichen Fähigkeiten sieht BIERMANN eine der Schwierigkeiten der Lehre vom subjektiven Recht⁷¹⁾. Als Beispiele nennt er Aufrechnungsrecht, Vorzugsrechte im Konkurs, Selbsthilferechte, als ein "prozessuales Gestaltungsrecht"⁷²⁾ das Einrederecht.

3. Ebenfalls, als "Zweckrechte"⁷³⁾, vereint HIRSCH⁷⁴⁾ Anspruch und Gestaltungsrecht unter einer Bezeichnung. Beide seien "efemere Erscheinungen" - im Gegensatz zu den "Zustandsrechten": "ist ihr Zweck erreicht, so haben sie keine Daseinsberechtigung mehr und erlöschen"⁷⁵⁾. Anspruch und Gestaltungsrecht unterschieden sich durch die Art der Zweckerreichung: bei letzteren könne der Berechtigte "e i g e n m ä c h t i g ohne Mitwirkung eines andern den vom Recht bezweckten Erfolg selbst herbeiführen."⁷⁶⁾ Beispiele für die Gestaltungsrechte seien neben wahlrecht, Rücktrittsrecht, Kündigungsrecht auch die Befriedigungsrechte an Pfandobjekten, wohin HIRSCH auch das Aufrechnungsrecht als ein "Pfandrecht an der eigenen Schuld" rechnet⁷⁷⁾.

4. SOHM⁷⁸⁾ fügt die Gestaltungsrechte in seinem System der subjektiven Rechte unter die "rechtfertigenden Rechte" ein⁷⁹⁾. Es handle sich allerdings nur um "Rechte im weitesten Sinne"⁸⁰⁾, es seien keine Vermögensrechte ("Gegenstände"), sondern unselbständige Rechte, "welche nur Begleiterscheinungen eines anderen

71) aaO. S. 106 Anm. 25

72) aaO. S. 110

73) Der Begriff wird bereits von SECKEL (aaO. S. 232) verwendet, der auch die von HIRSCH angedeutete Parallele beider Erscheinungen zieht.

74) HIRSCH, Die Übertragung der Rechtsausübung, Ver-
vielfältigung der Rechte 1910, insbes. S. 69 ff.

75) aaO. S. 70

76) aaO. S. 71 (Sperrung nicht im Text)

77) aaO. S. 423

78) SOHM, Der Gegenstand, Sonderabdruck aus der Fest-
schrift für DEGENKOLB, 1905

79) aaO. S. 83 ff.

80) aaO. S. 84

Rechtes oder einer Rechtslage (z.B. des Besitzes) sind".⁸¹⁾ Die Wirkung der rechtfertigenden Rechte bestehe darin, daß sie die ihnen entsprechende Handlung rechtfertigten. Hierunter fielen alle Gestaltungsrechte, daneben auch Notwehrrechte, Einrederechte, Zurückbehaltungsrecht; sie werden von SOHM ausdrücklich von den Gestaltungsrechten geschieden⁸²⁾.

5. Bereits HÖLDER und ZITELMANN⁸³⁾ hatten hier von abgeleiteten, sekundären Berechtigungen bzw. Rechten gesprochen. v. TUHR⁸⁴⁾ macht diesen Gedanken zur Grundlage seiner Einteilung von primären und sekundären Rechten. Unter den "sekundären Rechten" faßt er einerseits die Gestaltungsrechte, zum andern die "Machtbefugnisse"⁸⁵⁾ (hierzu gehören neben Vertretungs- und Verfügungsmacht auch die Fälle der Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft - z.B. §§ 182 ff. - und das Stimmrecht) zusammen. Neben ihrer Sekundärnatur sei es ihr Inhalt, der sie von den Primärrechten unterscheide: die Macht, "auf die Gestaltung der R e c h t s l a g e einzuwirken", während erstere (scl. die Primärrechte) die "tatsächliche Gestaltung des Lebens" erlaubten. Sie seien zu scheiden von den bloßen "Voraussetzungen rechtlichen Könnens" wie etwa die Geschäftsfähigkeit, die "ohne weiteres allen Menschen derselben Kategorie zusteht".⁸⁶⁾ Erst "besondere, fest umschriebene Voraussetzungen"⁸⁷⁾ hoben die Gestaltungsrechte von den allgemeinen Fähigkeiten zu rechtlichem Handeln ab. v. TUHR unterscheidet in Anlehnung an SECKEL Begründungsrechte (z. B. Annahmerecht aus einem Angebot, Vorkaufsrecht,

81) aaO. S. 30; als "Begleiterscheinung" wird auch der Anspruch bezeichnet.

82) aaO. S. 85

83) s.o. I Ziff. 6 (S. 11) und 11 (S. 14)

84) v. TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I 1910, insbes. §§ 7 ff. S. 159 ff.

85) aaO. S. 164 ff.

86) aaO. S. 160 f.

87) aaO. S. 161

Aneignungsrecht), Änderungsrechte (z.B. Fristsetzungsrecht, Wahlrecht) und Aufhebungsrechte. Letztere werden als "negative Rechte"⁸⁸⁾ gesondert behandelt, zu ihnen rechnen u.a. Anfechtungsrecht, Aufrechnungsrecht, Kündigungsrecht und Einrederecht. - Eine Parallele sieht v. TUHR zwischen Gestaltungsrecht und Wollensbedingung; allerdings bestehe bei dieser das Rechtsverhältnis bereits, während beim (begründenden) Gestaltungsrecht ein Rechtsverhältnis neu entstehe.⁸⁹⁾

Auch die Stellung des Gegners der sekundären Rechte ("die passive Seite") wird beleuchtet, er ist "dem Willen des A (i.e. der Berechtigte) unterworfen". "Diesen Rechtszustand ... kann man < Bindung > (im Gegensatz zu < Verpflichtung >) nennen"⁹⁰⁾. - Die Ausübung der Gestaltungsrechte erfolge durch Rechtsgeschäft oder durch "prozessuales Handeln"⁹¹⁾.

6. Auch v. GIERKE⁹²⁾ übernimmt den Begriff Gestaltungsrecht, verwendet daneben aber auch die Umschreibung "Hilfsrechte"⁹³⁾. Die Hilfsrechte seien Bestandteile des Schuldverhältnisses, sie gehörten zum Schuldinhalt. Beispiele sind wahlrecht, Bestimmungsrecht, Fristsetzungsrecht, Einrederecht; als "haftungsrechtliches Hilfsrecht" das Aufrechnungsrecht.⁹⁴⁾

7. FRIEDRICHS⁹⁵⁾ unterscheidet bei den Gestaltungsrechten zweierlei: einmal das Können, "die Möglichkeit, eine rechtswirksame Handlung vorzunehmen"⁹⁶⁾, zum andern "eine passende Gelegenheit", die "Rechtslage"⁹⁷⁾. Hierher zählt neben Anfechtung, Aufrechnung, Kündigung auch das Handeln für andere. -

88) aaO. § 10 S. 195 ff.

89) aaO. II, 2 S. 279

90) aaO. I S. 170

91) aaO. S. 162

92) O.v.GIERKE, Deutsches Privatrecht II, Schuldrecht 1917, insbes. S. 103 f.

93) aaO. S. 103

94) aaO. S. 109 f.

95) FRIEDRICHS, Subjektive Rechte in AnnDR 1921/22, 209 ff.

96) aaO. S. 210

97) aaO. S. 218 f.

Nicht ganz eindeutig ist die Frage nach der Rechtsnatur behandelt: "Sowohl das Stammrecht (i.e.: das Rechtsverhältnis "für alle daraus fließenden Rechte und rechtliche Befugnisse (Rechtslagen)"⁹⁸⁾) wie das abgezweigte Ausübungsrecht kann ein subjektives Recht sein, wenn im übrigen die Voraussetzungen vorliegen."⁹⁹⁾

III. SECKELS 'Gestaltungsrechte' fanden jedoch auch Widerspruch, der sich insbesondere gegen ihren Rechtscharakter richtete.

1. So hält KOHLER¹⁰⁰⁾ an der Bezeichnung "Befugnis" fest. Die Befugnis zur Vornahme von Rechtshandlungen gehe aus subjektiven Rechten hervor, vor allem auch aus dem Persönlichkeitsrecht. Die besonderen Folgen einer solchen Rechtshandlung "sind nicht Ausflüsse der Befugnis", sondern es seien "Folgen dieser Rechtshandlung mit Rücksicht auf die umgebenden rechtlichen Verhältnisse"¹⁰¹⁾ (= "Rechtslagen"¹⁰²⁾).

Unter dem Begriff der Rechtslage vereint KOHLER allgemeine und besondere Fähigkeiten¹⁰³⁾, es gebe "Rechtslagen verschiedener Grade und verschiedener Ordnung"¹⁰⁴⁾. "Gewöhnliche Rechtslagen" sind für ihn z.B. Geschäftsfähigkeit und Verantwortlichkeit, "rechtsähnliche Rechtslagen" sind Vertretungsmacht, Verfügungsfähigkeit, Kündigung¹⁰⁵⁾. Soweit aus der Vornahme der Rechtshandlung Ansprüche entstehen können, spricht KOHLER auch von "Anspruchsmöglichkeiten"¹⁰⁶⁾.

98) Die "Substanz des Rechts".

99) aaO. S. 221

100) KOHLER, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I Allgemeiner Teil 1906, insbes. S. 146 ff., 152 ff.

101) aaO. S. 151

102) aaO. § 49 S. 152 ff.

103) S.o. I, 11 (S. 14); II, 5 (S. 19)

104) aaO. S. 152

105) aaO. S. 154 ff.

106) aaO. § 63 S. 185 ff.

2. Den "Rechtsslagen" KOHLERS entsprechen weitgehend die "objektiven Rechtsverhältnisse" bei AFFOLTER¹⁰⁷⁾. Sie nähmen eine Zwischenstellung zwischen subjektivem und objektivem Recht ein, mit ihrer Hilfe könnten subjektive Rechte erworben, übertragen, aufgehoben oder entzogen werden. An einem Rechtsobjekt fehlt es hier: "Das objektive Rechtsverhältnis hat einen Träger, das subjektive Recht ein Subjekt."¹⁰⁸⁾ Damit fehle die Beziehung zwischen Subjekt und Objekt, von subjektiven Rechten könne daher nicht gesprochen werden.

3. Auch BINDER¹⁰⁹⁾ wendet sich gegen die Klassifizierung der 'Gestaltungsrechte' als subjektive Rechte. Er sieht in ihnen "juristische Qualitäten, rechtliche Situationen, die höchstens als Voraussetzungen subjektiver Rechte für uns hier in Betracht kommen können."¹¹⁰⁾ Er wendet sich vor allem auch gegen die Unterscheidung allgemeiner und besonderer Eigenschaften. Notwehr-, Aufrechnungs-, Kündigungs-, Anfechtungs"rechte" seien stets "bloße rechtliche Möglichkeiten": "Denn das tatsächliche Verhalten, das dem Inhalt dieser Recht entspricht, ist selbst nichts Rechtliches, sondern nur von rechtlicher Konsequenz."¹¹¹⁾ So sieht BINDER zum Beispiel im Anfechtungsrecht lediglich "eine Fähigkeit oder Möglichkeit, ... eine Qualität, bei der nicht nach Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit, sondern nach Wirksamkeit oder Unwirksamkeit zu fragen ist."¹¹²⁾

IV. Trotz dieser Einwendungen setzte sich der Ausdruck 'Gestaltungsrechte' neben den 'Kannrechten'

107) AFFOLTER, Objektive Rechtsverhältnisse i. Grünhuts Z 36(1909), 545 ff.

108) aaO. S. 547

109) BINDER, Der Gegenstand in ZHR 59(1907) S. 1 ff., insbesondere S. 69 ff.

110) aaO. S. 69

111) aaO. S. 70

112) aaO. S. 73

ZITELMANNs rasch durch¹¹³⁾. Heute haben sie in allen Lehrbüchern ihren festen Platz; ihr Rechtscharakter wird ernstlich nicht mehr in Frage gestellt, wenn auch stets ihre grundlegende Verschiedenheit gegenüber den Herrschaftsrechten hervorgehoben wird¹¹⁴⁾.

Das versteht sich bei dem allgemein zugrundegelegten, auf IHERING und WINDSCHEID zurückgehenden weiten Begriff des subjektiven Rechts. Danach ist das subjektive Recht "die von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung

113) Der Begriff "Gestaltungsrecht" fand auch im Ausland bald Beachtung. FENKART führt ihn für das S c h w e i z e r R e c h t mit seiner Dissertation "Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht" (Bern 1925) aus; für den französischen Sprachraum prägt L'HUILLIER das "droit formateur" (La Notion du Droit Formateur en droit privé suisse, thèse Genf 1947). - In Ö s t e r r e i c h wird der Begriff erwähnt, so z.B. WOLFF, Grundriß des österreichischen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1948 S. 23, ohne jedoch näher behandelt zu werden. Das mag darauf beruhen, daß das ABGB von 1811 das "neuartige Prinzip" (s.o. I, 1 S.7) der Macht zu einseitiger Gestaltung noch nicht kennt. - In I t a l i e n ist die Übersetzung der "Kannrechte" ZITELMANNs als "diritti potestativi" deutlicher Ausdruck für den Einfluß der deutschen Dogmatik (s. z.B. CHIOVENDA, Istituzioni di Diritto Processuale Civile, Neudruck der 2. Aufl., Neapel 1960 S. 11 ff.). - In F r a n k r e i c h haben die Gestaltungsrechte bis heute nicht Fuß fassen können. HELMREICH, Das Selbsthilfeverbot des französischen Rechts und sein Einfluß auf Gestaltungs- und Gestaltungsklagerecht (1967), hat ausführlich die Gründe hierfür dargelegt; zugleich hat er gezeigt, daß auch im französischen Recht "Gestaltungslagen" vorkommen, und welche Versuche hier unternommen worden sind, eine Entsprechung zu unseren 'Gestaltungsrechten' zu entwickeln (HELMREICH, aaO. S. 93 ff., 111 ff.).

114) So heißt es z.B. bei LEHMANN, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches S. 81: "Wenn man von den Kannrechten oder Gestaltungsrechten absieht (vgl. dazu ...), ist der A n s p r u c h als das Kriterium des subjektiven Privatrechts zu bezeichnen."

menschlicher Interessen dienliche Macht"¹¹⁵⁾, die "Willensherrschaft zur Befriedigung menschlicher Interessen"¹¹⁶⁾. Es bereitet dann keine Schwierigkeiten, die Macht, Rechtswirkungen herbeizuführen, als subjektives Recht einzuordnen: "Wenn subjektives Recht eine vom Gesetz anerkannte Willensmacht ist, so kann sie auch darin bestehen, daß Jemand auf ein ihm oder einem anderen zustehendes Herrschaftsrecht (Eigentum, Forderung etc.) oder ein Rechtsverhältnis einzuwirken vermag, es begründen, aufheben, abändern kann."¹¹⁷⁾

V. Der vorstehende Überblick macht deutlich, wie verschiedenartige Dinge als 'Gestaltungsrechte' zusammengefaßt werden (1), welche Möglichkeiten ihrer dogmatischen Einordnung bestehen (2) und von wie unterschiedlichen Ausgangspunkten aus sie behandelt werden können (3).

1. Betrachtet man die Liste der von SECKEL¹¹⁸⁾ zur "induktiven Veranschaulichung" zusammengetragenen Beispiele seiner Gestaltungsrechte, so drängt sich der Gedanke auf, den KISCH¹¹⁹⁾ bezüglich der konstitutiven Urteile so treffend ausgeführt hat:

"Einmal umfaßt jene Kategorie zu viel. Sie vereinigt nämlich, wenigstens in der Gestaltung, die ihr heute gegeben wird, nicht bloß gleichartige, sondern auch ganz heterogene Entscheidungsformen in sich. Sie ist ... zu einer Sammelkategorie geworden, in die man alles das einzureihen bemüht ist, was sich unter die Begriffe des Leistungs- und Feststellungsurteils nicht wohl unterbringen läßt."

wird der von DÖLLE¹²⁰⁾ so betonte dogmatische Wert der

115) ENNECCERUS-NIPPERDEY § 72 II S. 438

116) LEHMANN, aaO. S. 83

117) v. TUHR, aaO. I S. 159 f.

118) aaO. S. 207 Anm. 2

119) KISCH, Beiträge zur Urteilslehre, 1903 S. 11

120) s.o. N. 2 (S. 6)

SECKEL'schen Entdeckung angesichts der Mannigfaltigkeit der hier versammelten Erscheinungen nicht in Frage gestellt¹²¹⁾? Ist diese Heterogenität nicht vielleicht auch der Grund dafür, weshalb bis heute noch keine umfassende Systematisierung der 'Gestaltungsrechte' erfolgt ist, obwohl SECKEL bereits eine ganze Reihe von Einteilungsgesichtspunkten hierfür andeutete?

2. Als Ergebnis des Überblicks kann für die 'Gestaltungsrechte' zunächst folgendes festgehalten werden:

- a) Die 'Gestaltungsrechte' unterscheiden sich wesentlich von den Herrschaftsrechten. Das wirft die Frage auf, ob sie dadurch nicht "systemfremd" innerhalb der Ordnung der subjektiven Rechte sind.
- b) Ihre Einordnung als subjektive Rechte hängt von der Definition des subjektiven Rechts ab; diese muß weit genug sein, um so große Verschiedenheiten zu überbrücken. - Durch diese Weite verliert der Begriff 'subjektives Recht' an Schärfe. Klare Umrisse sind aber erforderlich, soll dieser Grundbegriff seine Funktion, die "Grenzbestimmung" zwischen den "Machtkreisen der Einzelnen"¹²²⁾, erfüllen.
- c) Die 'Gestaltungsrechte' gehen auf rechtliche Änderungen, ohne daß sie unmittelbare tatsächliche Folgen

121) WALSMANN, Der Verzicht 1912 S. 104 bringt das wie folgt zum Ausdruck: "Für das große und mannigfache Konglomerat der Gestaltungsrechte lassen sich ebensowenig allgemeingültige Sätze, die auf jedes dieser Rechte passen, aufstellen, wie für die Herrschaftsrechte." - Positiv beantwortet die Frage L'HUILLIER aaO. S. 190 f.: "Il est heureusement que l'ensemble des règles communes aux droits formateurs", die das "intérêt pratique" zeigen.-

Auch SCHLOCHOFF, Die Gestaltungsrechte und ihre Übertragbarkeit (Diss. Breslau 1933) S. 14 kritisiert die weite dieses "Sammelnamens", die dazu führt, "daß man in jeder Rechtsänderung bereits ein Gestaltungsrecht erblickt und infolgedessen diese Rechte ihrem zahlenmäßigen Umfang nach stark überschätzt hat."

122) KLOPPPEL, Über den Begriff des Urheberrechts 1. GRUCHOT 34(1890), 7 ff., S. 11

haben. In dem Begriff findet sich eine eigenartige Verbindung von Recht (Zuweisung) und Rechtsgeschäft (Ausübung)¹²³⁾.

3. Zugleich bietet der Überblick eine Fülle von Anregungen für die weitere Betrachtung, indem sich hier die verschiedenartigsten Gesichtspunkte für ihre Behandlung gezeigt haben.

a) Einmal werden die 'Gestaltungsrechte' als besondere Fähigkeiten den allgemeinen Fähigkeiten wie Rechts- und Geschäftsfähigkeit gegenübergestellt. Das zielt auf eine kraft des Gestaltungsrechts verliehene Eigenschaft des Berechtigten (ZITELMANN oben, I, 11; hierzu s.u. § 2 II 1 S. 37 f.).

b) Als "s e k u n d ä r e R e c h t e" werden die Gestaltungsrechte mit den Machtbefugnissen zusammengefaßt und ihre "p a s s i v e S e i t e" als "Bindung" bezeichnet (v.TUHR o. II, 5; s.u. § 3 A II S. 50 ff. und § 6 V 4 S. 102)

c) Bedeutsam für die Frage der R e c h t s n a t u r der 'Gestaltungsrechte' ist der Gedanke, die hier gemeinten Erscheinungen seien auf das P e r s ö n l i c h k e i t s r e c h t zurückzuführen (HÖLDER o.I,6; KOHLER o.III,1; s.u. § 2 II 1 S. 37 f. und § 4 I S. 66).

d) Das 'Gestaltungsrecht' als V o r s t u f e v o n H e r r s c h a f t s r e c h t e n aufgefaßt (ENNECCERUS o. I,5; BIERLING o. I,8), deutet mehr auf das E r g e b n i s d e r G e s t a l t u n g hin, als auf die Befugnis zur Gestaltung¹²⁴⁾ (s.u. § 3 A I 3 S. 48 ff.)

123) s.o. I, 10 S. 13 (CROME)

124) KUHNE, Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten (Diss. Rostock 1929) S. 69 spricht von "materiellem Wertgehalt".

e) Ein anderer Ausgangspunkt wird gewonnen, wenn 'Gestaltungsrecht' und Anspruch nebeneinander auf eine Ebene gestellt werden (HELLWIG o. II,1; BIERMANN o. II,2; s.u. § 8 S. 121).

f) Als "rechtfertigendes Recht" wird das 'Gestaltungsrecht' den Selbsthilferechten nahe gebracht (SOHM o. II 4; s.u. § 7 III S.107 ff.).

g) Schließlich rückt die Unterscheidung von "Rechtsnormensetzung" und "Rechtsbetätigung" (BIERLING o. I,8), ähnlich auch die Scheidung zwischen der Maßgeblichkeit des Willens einmal für das Sein, das andere Mal für die Durchsetzung von Befehlen der Rechtsordnung (WINDSCHEID o. I,9), eine funktionale Betrachtungsweise in den Vordergrund (s.u. § 5 S.74 ff.).

§ 2 Aussage des Begriffs 'Gestaltungsrecht'.

Im vorhergehenden wurde gezeigt, wie unbestimmt der Anwendungsbereich des Begriffs 'Gestaltungsrecht' ist¹⁾. Wenn jemand von Gestaltungsrechten spricht, so ist damit noch nicht gesagt, welche rechtlichen Erscheinungen er mit diesem Begriff verbindet.

Dennoch hat sich, wie wir sahen, der Begriff rasch durchgesetzt und wird heute ganz allgemein verwendet. Der Grund hierfür ist, daß der Begriff so einprägsam ist²⁾ und zugleich eine Charakterisierung der hiermit bezeichneten Erscheinungen enthält³⁾ - zumindest zu enthalten scheint. Dieser doch sehr äußerliche Grund für die so bereitwillige Aufnahme des Begriffs 'Gestaltungsrecht' fordert dazu heraus, zunächst seinen (vermeintlichen) sprachlichen Gehalt - bezogen auf den juristischen Anwendungsbereich - zu klären⁴⁾.

-
- 1) Das gilt ebenso für die Begriffe "Befugnis" (z.B. bei THON, HOLDER, KOHLER) und "Kannrecht" (ZITELMANN).
 - 2) "Wie stets der schöpferische Gedanke sich mit der plastischen Form verbinden muß, um die, die es angeht, aufhorchen zu lassen ..." (BOTTICHER, Gestaltungsrecht S. 41).
 - 3) Diese umschreibende Funktion des Begriffs hob SECKEL aaO. S. 210 selbst bereits hervor: "Dieser Name (scl. Gestaltungsrecht) knüpft an die charakteristische Eigenschaft besagter Rechte an, die ihnen mit keiner anderen Rechtsgruppe gemeinsam ist,"
 - 4) Die Analyse von Begriffen der Wissenschaft - um einen solchen handelt es sich hier - darf freilich in seiner Bedeutung für die Entscheidung von Sachfragen nicht überbewertet werden; immerhin sollte ein Begriff auch sprachlich auf das Gemeinte passen.-

In das Gesetz hat der Begriff 'Gestaltungsrecht' noch keinen Eingang gefunden. Das gilt auch für die Gestaltungsklagen - im Hinblick auf die VwGO und die Bedeutung der Anfechtungsklage im Verwaltungsgerichtsverfahren eigentlich verwunderlich!

I. G e s t a l t u n g s r e c h t .

"Gestaltung" ist ein Wort des allgemeinen Sprachgebrauchs⁵⁾. Gestalten, einer Sache Gestalt verleihen, das deutet auf ein menschliches Verhalten hin, gerichtet auf die (Um-) Formung eines Stoffes. Voraus geht der Entschluß, etwas in eine bestimmte Form zu bringen. Gestaltung ist dann eine zielgerichtete, auf ein bestimmtes Ergebnis (Gestaltungsziel) hinzielende Handlung. Besonders anschaulich wird die Bedeutung des Wortes, wenn man von der gestaltenden (gleichbedeutend mit "bildenden") Kunst spricht⁶⁾.

1. Ihre Bezogenheit auf ein bestimmtes Ziel hebt die Gestaltung aus dem allgemeineren Begriff der **V e r u r s a c h u n g** heraus. Während diese allein die kausale ('blinde'⁷⁾), eine bestimmte Willensrichtung nicht voraussetzende Verknüpfung von Ursache und Wirkung umschreibt, drückt jene das bewußte Verursachen eines gewollten Ergebnisses aus⁸⁾.

-
- 5) L'HUILLIER aaO. S. 63 bedauert es, daß die französische Sprache keinen so umfassenden Ausdruck hat; sein "droit formateur" sei sprachlich zu eng.
- 6) Das "schöpferische Moment" der Gestaltung (BÖTTICHER, Vortrag S. 16) wird hier am sinnfälligsten.
- 7) WELZEL aaO. S. 29
- 8) Mein Vater stellte einmal die getreue Nachbildung einer Windmühle im Garten auf. Als Ständer verwendete er den Stamm einer gefällten Weide. Der in die Erde gerammte Weidenstamm schlug wieder aus. - Hier g e s t a l t e t e mein Vater, soweit er den Stamm zu einem geeigneten Ständer für die Windmühle herrichtete, ihn auf die gewünschte Länge kürzte, die Aufsatzfläche glättete, den Stamm unten zuspitzte. - Das Ausschlagen des Stammes jedoch war nicht gewollt, sondern lediglich (unbewußt) v e r u r s a c h t worden.

2. Keine (rechtliche) Gestaltung⁹⁾ ist die unerlaubte Handlung¹⁰⁾.

Ist Ziel der (rechtlichen) Gestaltung die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, so zielt die (vorsätzliche) unerlaubte Handlung allein auf eine tatsächliche Veränderung, deren rechtliche Konsequenzen unabhängig vom Willen des Handelnden eintreten¹¹⁾. Bezogen auf die Rechtsordnung¹²⁾ hat die unerlaubte Handlung nur eine negative, die Gestaltung dagegen eine positive Tendenz: jene mißachtet die bestehende Rechtslage, während diese an der bestehenden Rechtslage anknüpfend sie weiterentwickelt. Nur die (rechtliche) Gestaltung wird von einem rechtlichen Willen getragen¹³⁾.

-
- 9) Bereits BIERLING, Prinzipienlehre II S. 121 betont das wissenschaftliche Bedürfnis, als einheitlichen Begriff aus der Masse der menschlichen Handlungen die zusammenzufassen, die als Gründe der Entstehung, Auflösung und Änderung von Rechtsverhältnissen in Betracht kommen, und diese den Delikten gegenüberzustellen.
- 10) KLÖPPEL, Entwurf S. 638, wendet sich gegen diese Begriffsbildung, da der Gegensatz, die 'erlaubte' Handlung, als "freie Lebenstätigkeit" der rechtlichen Regelung nicht unterliege, von der Rechtsordnung daher auch nicht erst erlaubt zu werden brauche.
- 11) HIRSCH aaO. S. 77 verdeutlicht den Unterschied: das Rechtsgeschäft wirkt auf Grund eines rechtlichen Könnens Rechtsfolgen, während die unerlaubte Handlung mittels tatsächlichen Könnens einen tatsächlichen Erfolg herbeiführt.
- 12) Erst diese Beziehung ermöglicht die Wertung, die in dem Begriff "unerlaubte Handlung" zum Ausdruck kommt.
- 13) Die unterschiedliche Bedeutung des Willens hebt MARTIN de la MOUTTE aaO. S. 21 hervor: "... la volonté, n'agissait pas dans toutes les circonstances de manière uniforme: essentielle par exemple dans le contrat, la volonté ne remplit qu'un rôle accessoire dans le délit."

3. "Gestalten" als verbum transitivum verlangt immer ein Objekt¹⁴⁾. Verwendet man das Wort, so stets in Bezug auf ein bestimmtes G e s t a l t u n g s o b j e k t. Dieses bestimmt und begrenzt zugleich die Gestaltungsmöglichkeiten.

a) Gestaltungsobjekt können einmal k ö r p e r l i c h e G e g e n s t ä n d e sein. So kann der Eigentümer sein Grundstück "nach Belieben" gestalten, der Pächter das Pachtgut im Rahmen seines Pachtrechts nach seinen Plänen bewirtschaften. - Beiden, Eigentümer wie Pächter, stehen unzählige Gestaltungsmöglichkeiten offen, begrenzt freilich durch die allgemeinen Gesetze und die natürlichen Gegebenheiten des Grundstücks¹⁵⁾. Die Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeiten in all ihrer Vielfalt fällt in den Bereich der "freien Lebenstätigkeit"¹⁶⁾, die das Gesetz weder regeln will noch regeln kann.

b) Neben der Gestaltung körperlicher Gegenstände gibt es ebenso vielfältige Möglichkeiten t a t s ä c h l i c h e r G e s t a l t u n g i n n e r h a l b v o n R e c h t s v e r h ä l t n i s s e n , man denke z.B. an die Personen- und Vermögenssorge der Eltern oder die Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers.

14) So ergibt sich schon aus sprachlichen Gründen ein Einwand gegen die Ansicht, bei den 'Gestaltungsrechten' fehle es an einem Rechtsobjekt - so z.B. ECKART aaO. S. 23. - Hier können Objekt des Rechts und Objekt der Gestaltung unterschieden werden, zwischen ihnen besteht allerdings ein enger, vermittelnder Zusammenhang: Objekt des 'Gestaltungsrechts' ist zunächst die dem Berechtigten eingeräumte Vor-Rechtsstellung in Bezug auf die Gestaltungslage; die Ausübung des 'Gestaltungsrechts' ist Verfügung über diese Rechtsposition und wirkt zugleich auf die der Gestaltung unterliegende Rechtsbeziehung (Objekt der Gestaltung) ein; vgl. dazu o. § 1 I 10 S. 13 f.

15) Von hier aus ist die ZITELMANN'sche Kategorie der "Darfrechte" zu verstehen; es zeigt sich dabei, daß insoweit kein Unterschied zu den "Sollrechten" besteht.

16) KLOPPEL, Entwurf S. 638; ein eindruckvolles Beispiel bringt KOHLER, Lehrbuch S. 149: die Bändigung eines unfolgsamen Pferdes, hierbei werden "rechtlich neutrale" Wirkungen gesetzt.

Auch innerhalb von Schuldverhältnissen gibt es eine Vielzahl von tatsächlichen Gestaltungen. Das soll am Beispiel des Dienstvertrages gezeigt werden. Zu unterscheiden sind dabei die Gestaltungsmöglichkeiten des Dienstverpflichteten und des Dienstberechtigten. Für beide Seiten bildet der Vertrag lediglich einen mehr oder weniger weiten Rahmen¹⁷⁾.

aa) Je selbständiger der Dienstverpflichtete arbeitet, desto freier ist er in der Gestaltung seiner Arbeitsweise¹⁸⁾. Das Ausmaß der "Ausführungsfreiheit"¹⁹⁾ hängt weitgehend von der Art der Tätigkeit ab; man vergleiche die Herstellung genormter Möbelstücke - zerlegt in viele genau festgelegte Einzelhandgriffe am Fließband - und die eines handgeschnitzten Möbels. -

Der Schuldner füllt den ihm durch Vertrag oder besondere Weisung gesteckten Rahmen aus, seine Leistungspflicht bleibt stets allgemein bestimmt. Wie er die einzelnen Handgriffe ausführt, wie er seine Arbeit einteilt, das sind tatsächliche Vorgänge. Rechtlich bedeutsam sind sie nur in Bezug auf den verlangten Arbeitserfolg: das Ergebnis ordentlicher Arbeit²⁰⁾. Erst wenn sich der Erfolg nicht einstellt, also in den Ausnahmefällen, greift die Rechtsordnung ein. Im übrigen ist das 'Wie' des Zustandekommens des Erfolges rechtlich irrelevant.

17) JOSSERAND aaO. S. 163: "... leurs accord formel est limité à l'essentiel;...."

18) BRUNS, Gestaltungsrechte S. 268 spricht hier von "Autonomie in der Ausführung von Schuldverpflichtungen"; z. Folgenden s. auch BRUNS, Recht und Pflicht S. 14 ff.

19) BRUNS, Recht und Pflicht S. 14

20) BRUNS aaO. S. 16: "Das letzte Wort wird freilich der Mißerfolg oder (Unrechts-) Erfolg sprechen,... ."

"Nicht normierbare Handlungen"²¹⁾ gibt es und muß es in jedem Schuldverhältnis geben. Der Dienstvertrag kann noch so einfache Handgriffe zum Gegenstand haben, alle Eventualitäten können nicht eingeplant werden²²⁾. Das zeigt sich besonders dann, wenn unvorhergesehene Zwischenfälle auftreten und die Störung behoben werden muß. - Was hier für den Dienstvertrag näher ausgeführt wurde, kommt im Gesetz an manchen Stellen klar zum Ausdruck: § 665 BGB räumt dem Beauftragten, § 692 BGB dem Verwahrer gewisse "Ausführungsfreiheiten" ein.

Neben dem praktischen Grund der Unmöglichkeit einer ins Einzelne gehenden Vorausplanung ist es auch die jedem verbleibende Selbstverantwortlichkeit, die dem Dienstverpflichteten stets nicht nur einen gewissen Spielraum beläßt, sondern auch zur Aufgabe macht.

bb) Kraft seiner **W e i s u n g s b e f u g n i s** kann der Dienstberechtigte den Einsatz der Arbeitskraft des Dienstverpflichteten im Einzelfall bestimmen. Durch die Weisung werden die bisher noch nicht oder nicht so festgelegten Leistungspflichten des Dienstverpflichteten bestimmt. Die Weisung konkretisiert die Verpflichtung des Dienstverpflichteten, sie wirkt damit bereits rechtlich und wirkt sich erst mittelbar im Tatsächlichen aus.

c) Mit der Weisung befinden wir uns somit bereits bei der **r e c h t l i c h e n G e s t a l t u n g**. Hier werden nicht tatsächliche Veränderungen herbeigeführt, sondern rechtliche, dies unabhängig von körperlichen, tatsächlichen Vorgängen allein durch einen willensakt²³⁾. Die rechtlichen Verhältnisse werden (um-)gestaltet. In erster Linie sind hier die Rechtsgeschäfte zu nennen.

21) BRUNS, aaO. S. 17; s. auch Gestaltungsrechte S. 268

22) JOSSERAND aaO. S. 163 - Diese 'Offenheit' hat der Vertrag mit den "abstrakten Normen" gemein, insoweit ist auch er "abstrakt".

23) Rich. SCHMIDT aaO. S. 301: hier gibt es keine "sinnlich wahrnehmbare Veränderung der äußeren Lage", sondern es liegt lediglich "ein unmittelbar wirksamer willensakt" vor.

Deutlich stellt v. TUHR²⁴⁾ diesen Gedanken für seine "sekundären Rechte" heraus:

"Jedenfalls ist die Willensmacht, welche dem Subjekt durch solche selbständige und unselbständige Befugnisse gewährt wird, inhaltlich durchaus verschieden von der Macht, die ihm vermöge der oben betrachteten Rechte an Objekten zusteht: dort darf der Berechtigte eine Sache ausschließlich beherrschen, von einem Menschen etwas verlangen oder ihm etwas verbieten, und somit auf die tatsächliche Gestaltung des Lebens einwirken; hier kann er durch seinen Willen Rechte oder Rechtsverhältnisse schaffen, aufheben, ändern, d.h. auf die Gestaltung der R e c h t s l a g e einwirken."

4. Bei den unter 3 a) und b) geschilderten Gestaltungen kann ein großer Teil als "rechtsneutral"²⁵⁾ für die rechtliche Betrachtung ausgeklammert werden. Wie die Ausführung von Schuldverpflichtungen dem Schuldner einen großen Spielraum läßt, in den die Rechtsordnung nicht eingreift, so ist auch die Rechtsausübung des Eigentümers oder Pächters in weitem Maße rechtsfrei. Die Rechtsordnung greift auch hier nicht ein, solange der Berechtigte sich im durch Gesetz und/oder Vertrag gesteckten Rahmen hält.²⁶⁾ - Insoweit gibt es eine "regelungsfreie < Innenseite > des Rechts"²⁷⁾ bei absoluten wie bei relativen Rechten, bei beiden ist es erst die Störung, die die Rechtsordnung reagieren läßt.

Diese G e s t a l t u n g s f r e i h e i t b e i
d e r A u s ü b u n g v o n R e c h t e n u n d
d e r E r f ü l l u n g v o n P f l i c h t e n

24) aaO. I S. 160; vgl. o § 1 II 5 S. 19

25) S.o.N. 16; "rechtlich irrelevant" wäre zu weitgehend.

26) Das gilt auch, soweit innerhalb der Rechtsausübung rechtliche Erfolge gesetzt werden, wie KLOPPPEL, Begriff des Urheberrechts S. 21 an den Beispielen von Mähen und Melken drastisch zeigt.

27) BRUNS, Recht und Pflicht S. 17

(s.o. 3a und 3b aa), die "Innenseite" von Rechten und Pflichten, scheidet als 'Gestaltung' im juristischen Sinne aus. Läßt man daher die Masse der "rechtsneutralen" Handlungen beiseite, so verbleiben diejenigen Gestaltungen, die zu einer bewußten und gewollten Rechtsänderung führen (s.o. 3b bb) und 3c). 'Gestaltung' heißt dann rechtlich bedeutsames (zielgerichtetes) Handeln im Einklang mit der Rechtsordnung²⁸⁾.

5. Ist hiermit ein großer Teil rein tatsächlicher Gestaltungen ausgegrenzt, so verbleibt immer noch eine unüberschaubare Vielfalt von Gestaltungsmöglichkeiten. Der Bestandteil "Gestaltung" gibt also dem Begriff 'Gestaltungsrecht' keine scharfen Konturen. Schließlich ist jedes Rechtsgeschäft auf eine Rechtsänderung gerichtet²⁹⁾. So prägnant der Begriff gerade durch das Wort "Gestaltung" erscheint, er vermag entgegen der allgemeinen Ansicht (s.o.S. 28) - wegen der Unbestimmtheit dieses Wortes keine festen Vorstellungen von dem Inhalt der 'Gestaltungsrechte' zu vermitteln³⁰⁾.

28) Durch den Zusatz "im Einklang mit der Rechtsordnung" soll die Abgrenzung zu den unerlaubten Handlungen verdeutlicht werden. - Damit wird der Begriff der "Gestaltung" also enger gefaßt, als z.B. bei COING, Zivilrechtssystem S. 27; Rechtsgeschäft und unerlaubte Handlung werden dort als "die eigentlich bewegenden Kräfte in der Gestaltung der Rechtsverhältnisse" bezeichnet.

29) vgl. etwa die Definition von THON aaO. S. 358. - STEFFEN aaO. S. 4 Anm. 13: "Der Begriff der Gestaltung im weitesten Sinne deckt sich damit mit dem Begriff der allgemeinen Handlungsfähigkeit."

30) Auszuscheiden ist hier die "p r o z e s s u a l e Gestaltung" (BÖTTICHER, Eheprozeß S. 84 f.) - hier handelt es sich um die besondere Wirkung von Urteilen, nicht um Berechtigungen. - Ebenfalls keine Berechtigungen, vielmehr die Ausübung rechtssprechender Gewalt, ist die r i c h t e r l i c h e Gestaltung wie z.B. in § 315 III 2 BGB. -

II. Gestaltungsrecht.

Erweist sich bei näherem Zusehen der Ausdruck "Gestaltung" als recht farblos, so ermöglicht die Zusammensetzung von "Gestaltung" und "Recht" - trotz der so oft bedauerten Mehrdeutigkeit auch des letzteren Wortes - eine weitere Einengung auf einen bestimmten Ausschnitt von Gestaltungen. 'Gestaltungsrecht' verlangt einen Berechtigten; eine Berechtigung ist nur dort sinnvoll, wo es auch eine Nichtberechtigung gibt³¹⁾. Immer bezeichnet "Recht" eine Sonderstellung des Berechtigten gegenüber anderen³²⁾. Die Berechtigung zeichnet den Berechtigten vor den anderen aus und hat besondere Voraussetzungen. 'Recht' bedeutet dann stets "Vor-Recht"³³⁾. Hiermit ist die Zuordnung einer bestimmten Rechtsmacht (Rechtszuständigkeit) zum Ausdruck gebracht, die Ausübung dieser Rechtsmacht (Gestaltungshandlung) ist hiervon zu scheiden³⁴⁾.

-
- 31) "Allemaal hat der Berechtigte etwas, und zwar algemeen etwas ihm vorteilhaftes ... , das dem Unberechtigten abgeht." (BEKKER aaO. § 18 Beil. II S. 49).
- 32) Diesen weiten Sprachgebrauch kritisiert ROUBIER aaO. S. 169 als eine "terminologie vicieuse". - Angesichts der mehrdeutigen Verwendung von "Recht" nicht nur im allgemeinen Sprachgebrauch, sondern auch in Lehre, Rechtssprechung, vor allem auch im Gesetz, wird hier diese weite Bedeutung zugrundegelegt. Die Auseinandersetzung mit dem Begriff des subjektiven Rechts wird somit vermieden. Von der Zielsetzung der Arbeit her gesehen (vgl. den Untertitel) bedarf es einer solchen Stellungnahme auch nicht. - Ob andererseits aber "toute prérogative quelconque peut-être valablement nommée droit subjectif", wie DABIN, Examen S. 62 meint, erscheint im Hinblick auf die Funktion des subjektiven Rechts (s.o. § 1 über N. 122) sehr fraglich.
- 33) SECKEL aaO. S. 211.- Daher kann das Aneignungsrecht des § 958 I BGB nicht als ein 'Recht' gelten, OERTMANN, Subjektive Rechte S. 136 f.; a.A.z.B. STEFFEN aaO. S. 40 f. - Auch hier stellt das Gesetz nur allgemeine Voraussetzungen für die Möglichkeit des Eigentumserwerbs auf: 1. Herrenlosigkeit einer beweglichen Sache, 2. In-Eigenbesitznahme der Sache. Damit ist niemandem eine Sonderstellung eingeräumt, jedermann hat die Möglichkeit, den subjektiven Tatbestandteil zu erfüllen - wenn auch die räumliche Beziehung zu der Sache die Erwerbsmöglichkeit bald mehr, bald weniger "real" erscheinen läßt. - Zu den Fällen des § 958 II BGB (Jagdrecht u.ä.) s.u. § 3 A I 3 S. 48 f.
- 34) Vgl. o. § 1 I 10 (S.14) und N. 14 (S. 31)

1. Nicht als 'Rechte', auch nicht im weitesten Sinne, können daher die a l l g e m e i n e n F ä h i g - k e i t e n einer Person aufgefaßt werden. Rechtsfähigkeit³⁵⁾ und Geschäftsfähigkeit sowie deren spezielle Ausformungen (z.B. Parteifähigkeit; Heirats- oder Testierfähigkeit)³⁶⁾ ermöglichen es der Person erst, am Rechtsleben bestimmend - rechtsgestaltend - teilzunehmen³⁷⁾, es sind "Möglichkeiten der Wirksamkeit der Persönlichkeit"³⁸⁾. Sie sind Eigenschaften der Person, die ihr nach allgemeinen Merkmalen von der Rechtsordnung zugesprochen werden. Hier gibt es keine 'Berechtigung', die als Kehrseite eine Einschränkung der übrigen Rechtsgenossen enthielte³⁹⁾.

Der Begriff der "rechtlichen Fähigkeit", in der Literatur häufig verwandt⁴⁰⁾ auch für die 'Gestaltungsrechte' als besondere im Gegensatz zu den allgemeinen

35) BRINZ aaO. I S. 213: "Ein rechtliches Können ist auch schon die Rechtsfähigkeit, allein ein Können, kraft dessen man nur über sich selber Macht hat (Passivobligation) ...".

36) L'HUILLIER aaO. S. 79: "... ces qualités ne sont que des éléments de la capacité civile."

37) THON, Rechtsnorm S. 372

38) KOHLER, Lehrbuch S. 148; er rechnet sie zu seinen "Rechtslagen". Ähnlich spricht ROUBIER aaO. S. 18 von "situations objectives", wozu er rechnet u.a. incapacité, responsabilité, filiation etc.

39) Das betont WALSMANN aaO. S. 48 f. bei der Abgrenzung von 'Recht' und 'allgemeiner Befugnis'. - v. TUHR aaO. I S. 161 Anm. 6 weist auf den sprachlich widersinnigen Ausdruck "passives wahlrecht" hin. - Ganz zu schweigen von der Verwechslung zwischen Rechten, die die Rechtsordnung anerkennt, und "Rechten", deren Rang als Recht man wünscht, wie z.B. das "Recht auf Arbeit"; vgl. ROUBIER aaO. S. 50: "c'est une manière de parler, qui n'a aucune rigueur juridique."

40) Vgl. o. § 1 I, 11 S. 14; WALSMANN aaO. S. 55 unterscheidet auch "abstrakte und konkrete Fähigkeiten".

Fähigkeiten, ist zu ungenau, denn "die Grenzen sind vielfach flüssig"⁴¹⁾, so daß eine klare Grenzziehung nicht möglich ist. Auch die Formulierung BINDERS⁴²⁾, die 'Gestaltungsrechte' seien "die an besondere, nicht ausschließlich tatsächliche, sondern rechtliche Voraussetzungen gebundene (n) Möglichkeit (en) rechtlich erheblichen Handelns, genauer ... die Fähigkeit zur Herstellung rechtsnormbetroffener Tatbestände ...", gibt keine klare Antwort für die Grenzfälle.

Die Fähigkeiten sind nicht Rechte, sondern lediglich "Voraussetzung des Rechte-Habens" (Rechtsfähigkeit) oder "Voraussetzung ebenso des Erwerbs wie der Veräußerung von Rechten" (Handlungsfähigkeit als Oberbegriff für alle Teilbereiche der Geschäftsfähigkeit).⁴³⁾

2. Ganz anders steht es mit den 'Gestaltungsrechten'. Sie sind nicht jedem in gleichem Maße gegeben, sondern sie erfordern besondere Entstehungstatbestände, die zu den allgemeinen Fähigkeiten hinzukommen müssen⁴⁴⁾. Es sind nicht generelle Eigenschaften einer Person, sondern Befugnisse dieser Person innerhalb eines bestimmten Rechtsverhältnisses⁴⁵⁾.

Damit ist der Charakter eines "Vor-Rechts"⁴⁶⁾ gewahrt. Hieran knüpfen sich weitere Folgerungen.

41) WALSMANN aaO. S. 51

42) BINDER, Prozeß und Recht S. 357

43) BEKKER aaO. § 44 S. 154

44) L'HUILLIER aaO. S. 80: "il (scil. le droit formateur) suppose toujours cette capacité, à laquelle il s'ajoute." - s. auch BIERMANN o. § 1 II 2, S. 17 f.

45) Es besteht "ein besonderer Erlaubnissatz", ZITELMANN, IPR I S. 45.

46) Vgl. o. über N. 33 (S. 36)

a) Die unter dem Begriff 'Gestaltungsrecht' zusammengefaßten Erscheinungen sind auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bezogen. Steht die Geschäftsfähigkeit jedermann zu, ohne Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis, so ist die Gestaltungsbefugnis stets auf eine konkrete, zu gestaltende Rechtslage hin gerichtet⁴⁷⁾.

Das Anfechtungsrecht ist z.B. nur in bezug auf die anfechtbare Willenserklärung hin gegeben. Ist diese Bestandteil eines nichtigen Rechtsgeschäfts, so fehlt es, streng genommen, an einem Anfechtungsobjekt⁴⁸⁾.

b) wie es kein "Gestalten" schlechthin gibt⁴⁹⁾ ohne ein bestimmtes Gestaltungsziel, so auch keine rechtliche Gestaltung, ohne daß ein zu gestaltendes Objekt, eine gestaltbare Rechtslage, gegeben ist. Diese Bezogenheit auf ein - bereits bestehendes - Gestaltungsobjekt liegt auch bei den sog. "begründenden Gestaltungsrechten" vor. Mit der Ausübung eines "begründenden Gestaltungsrechts" entsteht nicht erst dessen Objekt⁵⁰⁾, das entstehende Recht ist bereits das Ergebnis der Gestaltung, abgeleitet aus der zuvor bestehenden, nun umgestalteten Rechtslage⁵¹⁾.

47) DABIN, Droit subjectif S. 90: "Le droit subjectif n'est pas seulement faculté d'agir, il est faculté d'agir en maître sur la chose qui fait l'objet du droit ...". - Jeder Berechtigung wohnt eine bestimmte Richtung inne.

48) Die "Anfechtung" eines nichtigen Rechtsgeschäfts (vgl. KIPP, Über Doppelwirkungen im Recht, Festschrift für MARTITZ 1911, S. 211 ff.) macht nur eine scheinbare Ausnahme: hier geht es nicht um die Anfechtung, sondern um die Geltendmachung der Anfechtungsfolgen. Im Grunde kann man das nur als einen Kunstgriff zur Vermeidung eines unerfreulichen Ergebnisses oder prozessual verstehen.

49) STEFFEN aaO. S. 35

50) wie etwa FENKART aaO. S. 26 meint.

51) Vgl. o. I 3 S. 31

Die Frage nach dem Objekt der 'Gestaltungsrechte' hat immer wieder Schwierigkeiten bereitet, was vor allem darauf zurückzuführen ist, daß man in dem Vergleich mit den 'Herrschaftsrechten' zu weit ging. Teils wird ein Objekt ganz geleugnet⁵²⁾, teils wird "das Recht, gegen welches sie wirken"⁵³⁾, als Objekt genannt. v. TUHR⁵⁴⁾ nennt als mögliche Objekte der 'Gestaltungsrechte' einmal "die Person oder Sache, gegen resp. an welcher ein Recht begründet werden kann", zum anderen auch "das der Einwirkung des Kannberechtigten unterliegende Recht". - Was hier gestaltet wird, soll weiter unten ausführlich behandelt werden.⁵⁵⁾

c) Da es sich bei den 'Gestaltungsrechten' nicht um allgemeine, vom Gesetz allen - vor allem dem Alter nach - vergleichbaren Personen zugewiesene Eigenschaften⁵⁶⁾ handelt, sondern um Vorrechte, unterliegen sie der Disposition des Berechtigten, Der Berechtigte kann auf sie z.B. verzichten.

Das ist bei den gesetzlich geregelten Eigenschaften der Person ausgeschlossen⁵⁷⁾, sie können "durch Rechtsgeschäft weder begründet noch aufgehoben werden"⁵⁸⁾.

52) so z.B. ECKART aaO. S. 23; vgl. auch die "objektiven Rechtsverhältnisse" bei AFFOLTER, s.o. § 1 III, 2 S. 22.

53) BEKKER aaO. § 20 Beil. II D S. 65

54) aaO. I S. 62 Anm. 24

55) Vgl. u §§ 5 ff. S. 74 ff.

56) "rechtliche Eigenschaften der Subjekte" (REGELSBERGER aaO. S. 77).

57) WALSMANN aaO. S. 55

58) v. TUHR aaO. I S. 161-Vgl. auch ROUBIER aaO. S. 73 bzgl. der "situations juridiques objectives": "... c'est le droit objectif qui commande, et ses dispositions impératives ne sont pas établies en vue de satisfaire aux désirs des particuliers, mais biens à certaines exigences de l'ordre public."

Hinzukommt, daß sie der Person auf die Dauer zuerkannt sind, während die Gestaltungsmöglichkeiten ad hoc gegeben sind und sich mit der Gestaltung erledigen⁵⁹⁾.

3. Neben dem Charakter eines Vor-Rechts sind es die Bezogenheit auf eine bestimmte Gestaltung und die Disponibilität, die die 'Gestaltungsrechte' als besondere Fähigkeiten von den allgemeinen Fähigkeiten abheben. Doch leitet der Ausdruck "Fähigkeit" irre, da er auf die Eigenschaft einer Person hinweist; auch ist er zu ungenau. Wenn man den so weiten Sprachgebrauch von 'Recht' vermeiden will, so spricht man hier am besten von Berechtigung. Mit diesem Wort ist einmal eine Unterscheidung zu anderen 'Rechten' (i.S. von subjektiven Rechten) gegeben, zum andern aber doch die Sonderstellung des Berechtigten zum Ausdruck gebracht.

Mit dem oben gewonnenen Begriff der Gestaltung als ein rechtlich bedeutsames, zielgerichtetes Handeln im Einklang mit der Rechtsordnung ergibt sich für die 'Gestaltungsrechte' nunmehr folgende vorläufige Definition: 'Gestaltungsrecht' ist die auf Grund bestimmter Voraussetzungen von der Rechtsordnung anerkannte Berechtigung zu rechtlich bedeutsamem (zielgerichtetem) Handeln⁶⁰⁾.

III. Vergleich mit anderen Definitionen der 'Gestaltungsrechte'.

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die Grenzen der Aussagekraft⁶¹⁾ des Begriffs 'Gestaltungsrecht'

59) Bei der Berechtigung zu fortlaufender Gestaltung erledigt jede Einzelgestaltung den ihr entsprechenden Ausschnitt von Gestaltungsmöglichkeiten - dazu s. unten § 6 I 2a S. 87.

60) vgl. o. über N. 28 (S. 35)

61) s.o. N. 3, sowie ECKART aaO. S. 14 und STEINBEISSER aaO. S. 3

sehr bald erreicht sind, ohne daß eine klare Vorstellung über die 'Gestaltungsrechte' gewonnen wäre.

Reicht somit die Bezeichnung nicht - sie ist nur ein nomen, keine klare denominatio - , um den Anwendungsbereich des Begriffes zu bestimmen, ist es erforderlich, auf die üblichen Definitionen einzugehen. Dabei soll von SECKELs grundlegender Definition ausgegangen werden.

1. SECKEL⁶²⁾ bestimmt das Gestaltungsrecht "als das subjektive (konkrete) Privatrecht, dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft." Diese klassische Definition des 'Gestaltungsrechts' wird von vielen so oder doch nur mit geringen Abweichungen übernommen⁶³⁾. Zweierlei enthält diese Begriffsbestimmung, was trotz seiner allgemein gerühmten Plastizität dem Begriff 'Gestaltungsrecht' selbst nicht zu entnehmen ist: einmal das Moment der Einseitigkeit der Gestaltung, zum andern die Beschränkung auf Gestaltungen mittels Rechtsgeschäfts.

2. Bei ENNECCERUS-NIPPERDEY⁶⁴⁾ findet sich für die 'Gestaltungsrechte' - auch "Rechte auf Rechtsänderung" genannt - die Umschreibung: "Rechtsmacht, vermöge deren eine Rechtsänderung, d.h. die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung subjektiver Rechte, entweder von uns (allein) bewirkt werden kann oder zu unseren Gunsten auch ohne unseren Willen eintritt, jedenfalls aber ohne Mitwirkung des anderen."

62) aaO. S. 210

63) z.B. v. TUHR aaO. S. 160; v. GIERKE aaO. III S. 103; FENKART aaO. S. 12; neuestens STEFFEN aaO. S. 115, der lediglich vor "Privatrecht" einfügt: "abhängige (sekundäre)".

64) aaO. § 73 I 3 S. 441

Auch hier wird die Einseitigkeit betont ("von uns allein"), doch als Gestaltung wird jede Rechtsänderung, auch unabhängig von einem Willensakt, angesehen, wie z.B. der Eintritt des Nacherbfalls oder der Eigentums-erwerb des Finders.

3. LEHMANN⁶⁵⁾ sieht in den Kann- oder Gestaltungsrechten "die Möglichkeit, durch eine Willenserklärung oder Handlung auf eine bestehende Rechtslage einzuwirken." - Hier tritt neben die Beschränkung auf einseitiges Einwirken - das kommt zwar in der Definition nicht zum Ausdruck, wird aber gemeint - die weitere, daß auf eine bereits bestehende Rechtslage eingewirkt wird.

4. Die verschiedenen Definitionen machen - einmal mehr - deutlich, welch unterschiedlicher Begriffsinhalt mit 'Gestaltungsrecht' gemeint wird. Wesentlich ist vor allem die Abweichung der hier ausgewählten Definition bezüglich der Ausübung der 'Gestaltungsrechte': von SECKEL eingeengt auf das einseitige Rechtsgeschäft⁶⁶⁾, auf der anderen Seite bei ENNECCERUS-NIPPERDEY 'Gestaltung' auch ohne einen Willensakt⁶⁷⁾, schließlich einen solchen fordernd, doch nicht notwendig in Form eines Rechtsgeschäfts, LEHMANN⁶⁸⁾.

65) aaO. S. 89

66) Betrachtet man die von SECKEL zusammengestellten Beispiele (aaO. S. 207 Anm. 2), so erscheint sein Begriff des Rechtsgeschäfts nicht scharf genug umrissen - das ist ein Mangel seiner Definition.

67) Von 'Gestalten' kann man aber dann nicht mehr sprechen. - Das mag der Grund sein, daß dort an dem "Recht auf Rechtsänderung" festgehalten wird.

68) Auch FENKART vermeidet das Wort "Rechtsgeschäft" in seiner Definition, er spricht von einem "einseitigen Willensakt" (aaO. S. 12). Vgl. auch L'HUILLIER (aaO. S. 112), der "le terme plus général d'acte Unilatéral de volonté" verwendet statt des engeren des "acte juridique unilatéral". - BRUNS, Gestaltungsrechte S. 265 hebt hervor, daß diese "instrumentale Klammer" der Erkenntnis funktionaler Verwandtschaften im Wege steht. Hierzu s.u. § 5 S. 74 ff.

Wichtig ist auch die Einschränkung bei LEHMANN auf die Gestaltung einer bestehenden Rechtslage⁶⁹⁾.

Kann nun von 'Gestaltungsrechten' nur gesprochen werden, wenn sie durch Rechtsgeschäft ausgeübt werden⁷⁰⁾?

Genügt irgendein Willensakt oder bedarf es eines solchen überhaupt nicht? Weiter, setzt das 'Gestaltungsrecht' ein bestehendes Rechtsverhältnis voraus oder gibt es 'selbständige' Gestaltungsrechte? Sind es sekundäre Rechtsbildungen? Schließlich: handelt es sich hier um subjektive Rechte? -

Alle diese Fragen dürfen nicht gestellt werden, bevor nicht ein fest umrissener Anwendungsbereich des Begriffs feststeht. Andernfalls besteht die Gefahr, bei Hervorhebung einer Einzelfrage zu früh den Gesichtskreis einzuengen. Zu leicht werden dann erhebliche Unterschiede verschleiert, weil im Hinblick auf den untersuchten Teilaspekt eine Übereinstimmung gefunden wird. Das zeigen sinnfällig die Einzeldarstellungen über die Frage der Selbständigkeit oder Abtretbarkeit "der Gestaltungsrechte"⁷¹⁾.

Vorliegende Arbeit stellt sich daher die beschränkte Aufgabe, als Vorarbeit für die Behandlung von Einzelfragen die komplexe Masse der 'Gestaltungsrechte' funktional, d.h. nach der den verschiedenen 'Gestaltungsrechten' zugewiesenen Aufgabe, abzugrenzen und zu ordnen.

69) Damit wird die notwendige Bezogenheit auf das Gestaltungsobjekt zum Ausdruck gebracht. - SECKEL aaO. S. 212 leugnet dies für seine "primären" Gestaltungsrechte, die "ohne jedes Verhältnis zu bisheriger konkreter Rechts- oder Pflichtstellung (so das Vorkaufsrecht)" sind.

70) RAAPE, aaO. S. 301 bezeichnet diese Beschränkung als "reinste Willkür".

71) Vgl. die in der Einleitung N. 8, 12 und 13 aufgeführten Arbeiten.

§ 3 Die Einseitigkeit der 'Gestaltungsrechte'.

A. Die einseitige Wirkung der 'Gestaltungsrechte' ("Gestaltungsgegnerschaft").

Die Einseitigkeit der Ausübung, zumindest aber der Wirkung der 'Gestaltungsrechte' ist - trotz der Verschiedenheit im übrigen - allen Definitionen gemeinsam¹⁾. Die einseitige Wirkung gibt den 'Gestaltungsrechten' - neben der Richtung auf ein bestimmtes Gestaltungsobjekt²⁾ - eine zweite³⁾ Richtung: die "einseitige" Gestaltung ist gegen einen anderen gerichtet, dem Gestaltungsberechtigten steht ein Gestaltungsgegner⁴⁾ gegenüber. Es hat nur dann Sinn, von einem einseitig wirkenden Handeln zu sprechen, wenn eine andere Seite von dem Handeln betroffen wird⁵⁾, die "Einseitigkeit" der Wirkung setzt ein mehr-, zumindest zweiseitiges Rechtsverhältnis voraus, aus dem sich erst das Spannungsverhältnis zwischen Gestaltungsberechtigtem und Gestaltungsgegner ergeben kann.

1) das übersieht MANIGK, Privatautonomie S. 88, wenn er sagt: "Jedes Rechtsgeschäft übt (daher) ein Gestaltungsrecht aus Ein Testament übt ein <Recht des rechtlichen Könnens> ebenso wie jeder Vertrag."

2) s.o. § 2 I 3 S. 31

3) STEFFEN aaO. S. 7 spricht von der "Doppelnatur" der Gestaltung, einmal in bezug auf die zu gestaltende Beziehung, zum anderen in bezug auf den Gestaltungsgegner.

4) Auch der Begriff der "Gestaltungsgegnerschaft" gehört zu den so zahlreichen Anregungen, die SECKEL aaO. S. 215 Anm. 1 für den Ausbau der Lehre von den 'Gestaltungsrechten' lieferte. Mit Recht bedauert JOOSS aaO. S. 2 die bisherige Vernachlässigung dieser Seite der 'Gestaltungsrechte': vgl. hierzu u. § 6 V 4 S. 102 für die Regelungsvorbehalte.

5) Unter Überbewertung des Selbsthilfecharakters "der Gestaltungsrechte" übersieht HELMREICH (s.u. § 7 III 2 S. 108 f.) diese Begrenzung der 'Gestaltungsrechte'.

Mit Hilfe des Kriteriums der Gestaltungsgegnerschaft kann eine weitere Eingrenzung des Anwendungsbereiches für die 'Gestaltungsrechte' vorgenommen werden.

I. Beim Vergleich von **V e r f ü g u n g s m a c h t** und Gestaltungsrecht ergibt sich hinsichtlich ihrer Ausübung eine bisher wenig beachtete Parallele. Nach der Definition SECKELS⁶⁾ heißt Gestaltung die einseitige Begründung, Aufhebung oder Änderung eines Rechts oder einer Rechtsbeziehung. Die Verfügung wird allgemein umschrieben als ein "Rechtsgeschäft, das auf den Bestand eines Rechtes unmittelbar einwirkt, sei es, daß ein bestehendes Recht unmittelbar übertragen, inhaltlich geändert, belastet oder aufgehoben wird."⁷⁾

1. In ihrer Wirkung gleichen sich somit nach den vorstehenden Definitionen Gestaltung und Verfügung, der Begriff der Gestaltung ist jedoch weiter, da er auch rechtsbegründende Akte umfaßt. Das Nebeneinander beider Begriffe ist eine Folge des Abstraktionsprinzips. Als Verfügung werden nur die "dinglichen" bzw. dinglich wirkenden⁸⁾ Rechtsgeschäfte bezeichnet, die der Aufgabe von Rechtspositionen dienen⁹⁾. Diese von dem Verfügenden ausgehende Betrachtungsweise hat den Zusammenhang von Verfügung und Aneignung verloren gehen lassen. Wird die Verfügung einmal "neutral", also nicht von der Stellung eines der Beteiligten aus, sondern als dinglich wirkende Rechtsänderung gesehen, so ist die oben angedeutete Parallele vollkommen; Verfügung und Aneignung sind dinglich wirkende Gestaltungshandlungen.¹⁰⁾

6) aaO. S. 208, 210

7) LEHMANN aaO. S. 113

8) S. z.B. § 398 BGB

9) so SOHM, Gegenstand S. 9

10) Dazu, daß unter "Gestaltung" nicht nur rechtsgeschäftliches Handeln fällt, vgl. u. B. S. 60 ff.

2. Während v.TUHR¹¹⁾ ein "besonderes Recht der Verfügung" als "dogmatisch zwecklos" ablehnt, rechnen andere die Verfügungsmacht zu den Gestaltungsrechten¹²⁾, häufig werden sogar einzelne Abspaltungen der Verfügungsmacht als Gestaltungsrechte aufgefaßt; so z.B. WALSMANN¹³⁾ für den Verzicht, OERTMANN¹⁴⁾ für die Veräußerungsbefugnis und das Befriedigungsrecht des Pfandgläubigers.

Nicht entscheidend ist für die Ausscheidung der Verfügungsmacht aus dem Anwendungsbereich des Begriffs 'Gestaltungsrecht', daß die Verfügung meist nicht durch einen einseitigen Akt ausgeführt werden kann (Übereignung, Forderungsabtretung)¹⁵⁾. Auch im Falle des - nur ausnahmsweise zulässigen - Verzichts durch einseitige Erklärung ist die Möglichkeit hierzu kein 'Gestaltungsrecht'; es fehlt an der einseitigen Wirkung im Sinne einer Gestaltungsgegnerschaft.

Die Verfügung ist Rechtsausübung¹⁶⁾, sie bezieht sich in der Regel auf eigene Rechte. Die Verfügungsmacht kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch beschränkt werden (§ 157 S. 2 BGB), sie ist Bestandteil des verfügbaren Rechts¹⁷⁾. Eine selbständige Bedeutung

11) aaO. I S. 164

12) so z.B. BUCHER (aaO. S. 98), der die Möglichkeit der Entäußerung als ein Gestaltungsrecht ansieht neben "dem eigentlichen materiellen subjektiven Herrschaftsrecht".

13) aaO. S. 214; doch meint er dazu: "Dieses Recht hat im Privatrecht durchweg keine selbständige Bedeutung, vielmehr ist es dort stets eine Befugnis, die mit Recht, auf welches verzichtet werden soll, verbunden ist."

14) KOMMENTAR D 2a vor § 194 (S. 713)

15) so allerdings L'HUILLIER aaO. S. 83 f. im Anschluß an SECKEL, aaO. S. 216

16) Sie gehört daher zunächst zum "Innenraum" des betreffenden Rechts (vgl. hierzu o. § 2 I 4 üb.N. 26). Allerdings wird die Verfügung i.d.R. erst bedeutsam, wenn sie nach außen dringt; anders z.B. aber die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gemäß § 1196 BGB.

17) Vgl. v.TUHR aaO. I. S. 164

kommt ihr nicht zu. - Solange die Verfügung nur über eigene Rechte erfolgt, gibt es zwar ein Gestaltungsobjekt, doch keinen Gestaltungsgegner. Das bringt SOHM zum Ausdruck, wenn er die Verfügung als Zuwendungsgeschäft "ausschließlich zu gegnerischen Gunsten" umschreibt¹⁸⁾. "Gegnerisch" heißt hier soviel wie "des Beteiligten", ohne daß die strenge Bedeutung von Gegnerschaft gemeint wäre, wie sie die "Einseitigkeit" bei den 'Gestaltungsrechten' enthält.¹⁹⁾

3. Fehlt der Verfügungsmacht die Wendung gegen einen Gestaltungsgegner, so kann die A n e i g n u n g - gesehen als Gegenstück bzw. Ergänzung zu den andere begünstigenden, dinglich wirkenden Gestaltungen (= 'Verfügungen') - sehr wohl als Gestaltung g e g e n den bisher Berechtigten vorkommen.²⁰⁾ - Die verschiedenen Arten von "Aneignungsrechten" sind auseinanderzuhalten:

a) Die Aneignung auf Grund eines a u s s c h l i e ß l i c h e n A n e i g n u n g s r e c h t s ist, wie die Verfügung, Rechtsausübung, es ist die Ausübung des Jagd-, Fischerei- oder sonstigen Rechts, das die Aneignung herrenloser Sachen zum Hauptinhalt²¹⁾ hat.

18) Gegenstand S. 9

19) Auch wenn die Verfügungsmacht einem anderen als dem Rechtsträger zusteht, ist sie stets nur Bestandteil einer umfassenden Rechtsstellung und hat keine selbständige, vom Verfügungsobjekt unabhängige Bedeutung; vgl. etwa die Veräußerungsbefugnis beim Pfandrecht (hierzu v.TUHR aaO.IS. 164) oder die Verfügungsmacht aufgrund eines Auftrags, eines Verwaltungsrechts (hierzu s.u. 3a S.53).

20) Die Aneignungsrechte werden als Gestaltungsrechte behandelt von SECKEL aaO. S. 213; v.TUHR aaO. I § 8 S. 171 ff.; WALSMANN aaO. S. 61 und 112; FORKEL aaO. S. 145: "Erwerbsgestaltungsrechte"; vgl. auch BRUNS, Recht und Pflicht, wo die in den "Erwerbsberechtigungen" (S. 8) enthaltene "substantielle Zuordnung" (S. 5) hervorgehoben wird.

21) WALSMANN aaO. S. 112 sagt "Bestandteil".

Dieser Hauptinhalt wird hervorgehoben, wenn man - pars pro toto - von Aneignungsrechten spricht²²⁾.

Da die Aneignungsobjekte bis zur wirksamen Aneignung in niemandes Eigentum stehen, fehlt es an einem Gestaltungsgegner.²³⁾

b) Dagegen bedeuten die Aneignung auf Grund einer **G e s t a t t u n g** (§ 956 I 1 BGB 2. Alternative) und die Aneignung auf Grund eines **W e g n a h m e r e c h - t e s** eine Gestaltung **g e g e n** den bisherigen Eigentümer, dessen Eigentum aufgehoben wird.

(1) Die Aneignung gemäß § 956 I 1 BGB (2. Alternative) muß jedoch im Zusammenhang mit dem vorausgehenden Gestattungsvertrag gesehen werden²⁴⁾. Dann stellt sich die Aneignung lediglich als ein Element des dinglichen Erwerbstatbestandes dar, zu dem auch die in der Gestaltung mit enthaltene Einigung²⁵⁾ gehört. So wird deutlich, daß hier keine **e i n s e i t i g e** Gestaltung erfolgt, die Aneignung ergänzt lediglich den dinglichen Übertragungsakt^{25a)}.

22) Das Jagd"recht" enthält durchaus nicht nur Rechte (Hege!).

23) SECKEL aaO. S. 215 Anm. 1 nennt seine "Zugriffsrechte" daher "gegnerlos".

24) Hierin liegt die Mitwirkung des bisherigen Eigentümers; zur Mitwirkung des betroffenen Teils als Gegensatz zu **e i n s e i t i g e m** Handeln s.u. § 4 IV S. 70 ff.

25) Zu dieser strittigen Frage vgl. aber ERMAN-HEFERMEHL aaO. Anm. 1 zu § 956 BGB.

25a) Dem Aneignungsberechtigten bleibt die Vollendung des dinglichen Erwerbstatbestandes vorbehalten. Dieser Vorbehalt bezieht sich, im Unterschied zu den u. in § 6 behandelten Regelungsvorbehalten, nicht auf die "formation" des Rechtsverhältnisses, sondern auf die dem kausalen Rechtsgeschäft entsprechende dingliche Rechtsänderung.

(2) Fehlt auch bei den **W e g n a h m e r e c h t e n** eine solche Einigung, so darf ihr Gestaltungswert doch nicht überbewertet werden. Verbinden Mieter, Pächter, Vorerbe mit einer ihrem Nutzungsrecht unterliegenden Sache eigene Einrichtungen, so nicht, um sie dem Eigentümer des genutzten Gegenstandes zu übereignen; das **wegnahmerecht** dient lediglich der Rückgängigmachung der ungewollten, durch die sachenrechtliche Konstruktion des wesentlichen Bestandteils bedingten Rechtsänderung. Das "konstruktionsbedingte" Eigentum ist von vornherein mit dem Wegnahmerecht belastet; es entsteht ohne Zutun des Eigentümers der Hauptsache allein auf Grund des tatsächlichen Vorganges der Verbindung und kann ebenso ohne Mitwirkung des Eigentümers wieder aufgehoben werden.

II. Mit der Möglichkeit der Verfügung über fremde Rechte^{25b)} ist der Übergang zur **V e r t r e t u n g s m a c h t** gegeben, deren Ausübung stets ein Einwirken auf die Rechtslage des Vertretenen bedeutet. Auch die **Vertretungsmacht** wird bisweilen zu den 'Gestaltungsrechten' gezählt²⁶⁾.

1. Mit den allgemeinen Fähigkeiten²⁷⁾ hat die (generelle) Vertretungsmacht gemein, daß sie nicht nur mit Bezug auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft besteht. Sie gibt dem Vertreter ganz allgemein die Möglichkeit, Rechtsgeschäfte mit Wirkung "unmittelbar für und gegen den Vertretenen" (§ 164 I 1 BGB) vorzunehmen.

^{25b)} S.o. N. 19 (S. 48)

²⁶⁾ Als den Gestaltungsrechten nahestehend wird sie bei STAUDINGER-RIEZLER Rd. Nr. 20 zu § 164 BGB bezeichnet; unentschieden OERTMANN, Kommentar D 2b vor § 194. - LOEWENTHAL aaO. S. 42 behandelt sie als Gestaltungsrecht; KUHNE aaO. S. 112 spricht von einem "formalen Gestaltungsrecht".

²⁷⁾ S.o. § 2 II 1 S. 37 f.

Treffend drückt dies v.TUHR²⁸⁾ als "Erweiterung der Geschäftsfähigkeit" aus. Wie die allgemeine Geschäftsfähigkeit so enthält auch die Vertretungsmacht noch keine Berechtigung zu einseitigen Willensakten. Will der Vertreter für den Vertretenen ein 'Gestaltungsrecht' ausüben, so müssen zu der - wenigstens beschränkten (§ 165 BGB) - Geschäftsfähigkeit und der Vertretungsmacht des Vertreters noch die besonderen Voraussetzungen des 'Gestaltungsrechts' hinzukommen, die in der Person des Vertretenen vorliegen müssen²⁹⁾.

2. Die Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft kann jedoch durch eine entsprechend enge Vollmacht (Spezialvollmacht) hergestellt sein. Hier bringt erst das Moment der Einseitigkeit die Abgrenzung zu den Gestaltungsrechten.

a) Im Verhältnis zum Dritten bedeutet die Vertretungsmacht lediglich eine Legitimation. Hier gilt das o. unter 1. Gesagte: zu einseitigem Vorgehen gegen den Dritten kann der Vertreter nur auf Grund eines dem Vertretenen zustehenden Gestaltungsrechts berechtigt sein; die Vertretungsmacht selbst wird dadurch jedoch nicht zu einem Gestaltungsrecht³⁰⁾.

b) Im Verhältnis zum Vertretenen könnte man ein einseitiges Vorgehen insoweit sehen, als der Vertreter ohne Mitwirkung des Vertretenen dessen Rechtslage verändert³¹⁾. Das würde jedoch dem Innenverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter nicht gerecht.

28) aaO. I S. 165

29) So schon SECKEL (aaO. S. 216) und ihm folgend SCHLOCHOFF (aaO. S. 13).

30) Vgl. BOTTICHER Vortrag S. 11 im Anschluß an MÜLLER-FREIENFELS gegen FENKART (aaO. S. 3 ff.).

31) So begründet z.B. KUHNE aaO. S. 112 sein "formales Gestaltungsrecht".

- 32 -

Der Vertreter handelt nicht gegen den Vertretenen, sondern für ihn, es fehlt somit an einer "Gestaltungsbeziehung", einer Gestaltungsgegnerschaft. Wenn der Vertreter "für und gegen" den Vertretenen Rechtswirkungen setzt, so bedeutet "gegen" nicht "jenes <Gegen>, das der Gestaltungserklärung die Richtung auf den Gestaltungsgegner gibt."³²⁾ Nicht das Fehlen eines "Machtgefälles"³³⁾ zwischen Vertreter und Vertretenem, sondern das Fehlen widerstreitender Interessen³⁴⁾ scheidet die Vertretungsmacht von den 'Gestaltungsrechten'³⁵⁾. Als "Funktionalbefugnis" ist die Vertretungsmacht dem Vertreter "zur Erfüllung einer Aufgabe"³⁶⁾ erteilt, sie ist

32) BÖTTICHER, Vortrag S. 11

33) Dieses Merkmal dient STEFFEN aaO. S. 37 f. zur Abgrenzung der Vertretungsmacht von den 'Rechten'. Nimmt man die Fälle der gesetzlichen Vertretungsmacht, z.B. der Eltern, deren Macht - wenigstens durch den Minderjährigen - nicht beschränkt werden kann, so erscheint dieses Merkmal für eine Abgrenzung nicht geeignet.

34) Diesen Interessengegensatz legt DABIN, Examen S. 60 seiner Unterscheidung von "droits à fin d'intérêt personnel ou égoïste" und droits à fin altruiste" zu Grunde. Letztere nennt er "droits-fonction", hierzu gehören allerdings sehr verschiedene Dinge: "le commandement, au sein de l'Etat, de l'entreprise, de la Famille" (aaO. S. 59), zum anderen "les fonctions de gestion des biens ou intérêts d'autrui". Wenn DABIN aaO. S. 53 die "fonction" als "un devoir", "le droit d'accomplir les actes rentrant dans le cadre de la fonction" (aaO. S. 59) bezeichnet, so fällt nach unserer Anschauung "le commandement au sein de l'entreprise" hier heraus - dazu s.u. § 6 I 2 S. 87 ff.

35) Die abweichende Interessenlage bei der unwiderruflichen Vollmacht erklärt sich daraus, daß es sich bei ihr nur noch formal um einen Fall der Bevollmächtigung handelt, hinter der sich ein Übertragungsakt verbirgt; vgl. hierzu FLUME, Allgemeiner Teil S. 877.

36) BRUNS, Recht und Pflicht S. 7

Legitimation³⁷⁾ zu Handeln f ü r , nicht Berechtigung zu Handeln g e g e n einen anderen.

3. Das Bestehen eines Innenverhältnisses - bald in geringerem bald in weiterem Umfang als bei der Vertretungsmacht - erlaubt die Ausgrenzung weiterer "Machtbefugnisse"³⁸⁾.

a) Umfassend ist die Möglichkeit der Einwirkung auf einen fremden Rechtskreis auf Grund eines gesetzlichen³⁹⁾ oder vertraglich eingeräumten⁴⁰⁾ V e r w a l t u n g s - r e c h t e s⁴¹⁾. Wer fremdes Vermögen verwaltet, hat die Interessen des Rechtsträgers des zu verwaltenden Gutes zu wahren, auch hier liegt keine Gestaltungsgegnerschaft vor. Das gilt auch dann, wenn - wie z.B. beim Konkurs meist - die Verwaltung gegen den Willen des Rechtsträgers geführt wird; hier ist die Anordnung der Verwaltung ein erheblicher Eingriff in die Rechte des Gemeinschuldners, die Verwaltung selbst wird - zumindest auch - f ü r den Gemeinschuldner, nicht g e g e n ihn geführt.

37) CROME aaO. S. 459; FLUME, Allgemeiner Teil II S. 784 f.; DABIN, Droit subjectif S. 222; "Le droit, qui prend alors l'aspect d'une compétence...".

38) Unter diesen Begriff faßt v.TUHR aaO. I S. 164 ff. Vertretungsmacht, Geschäftsführungsbefugnis, Verfügungsbefugnis (in bestimmten Fällen), Fälle der Zustimmung, Stimmrecht.

39) z.B. elterliche Gewalt, Konkursverwaltung

40) z.B. Verwaltung des Vermögens durch einen der Gütergemeinschaftler

41) HELLWIG, Lehrbuch I S. 215 stellt sie neben die Gestaltungsrechte, von denen sich die Verwaltungsrechte nur dadurch unterscheiden, daß hier fremde Rechtslagen gestaltet würden; vorsichtig WALSMANN aaO. S. 61: "... auch das Verwaltungsrecht dürfte hierher zu stellen sein."

b) Auch alle Fälle der *G e s c h ä f t s f ü h r u n g s b e f u g n i s*⁴²⁾, sei es im Rahmen eines Auftrags⁴³⁾, sei es innerhalb von Personenvereinigungen, dienen dem Geschäftsführer nur dazu, seinen Pflichten aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis nachkommen zu können; es sind keine Waffen gegen den Geschäftsherrn, sondern "Funktionalbefugnisse"⁴⁴⁾.

c) Enger als Verwaltungsrecht und Geschäftsführungsbefugnis ist die Einwirkungsmöglichkeit dessen, der zu einem Rechtsgeschäft seine *Z u s t i m m u n g* erteilen muß, damit das Rechtsgeschäft wirksam ist. Soweit mit dem Erfordernis der Zustimmung der Schutz dessen bezweckt wird, dessen Erklärung der Zustimmung bedarf⁴⁵⁾, so handelt es sich wiederum um ein Handeln *f ü r* einen anderen im Innenverhältnis; im Außenverhältnis wirkt sich die Zustimmung unmittelbar nicht aus, da nicht der Zustimmende, sondern die Vertragsparteien das Rechtsgeschäft abschließen; sie allein bestimmen das "ob" und "wie" des Vertrages, die Zustimmung hat lediglich eine bedingende Funktion⁴⁶⁾.

42) Unter diesem Begriff werden zusammengefaßt einerseits die Stellung des Geschäftsführers gegenüber den Geschäftsherrn (Innenverhältnis), zum andern die zur Geschäftsführung erforderlichen Befugnisse gegenüber Dritten, so insbesondere Vertretungs-, Verfügungsmacht; ihr Umfang bestimmt sich nach dem Innenverhältnis - s. z.B. § 714 BGB.

43) Zwar ist es nicht üblich, hier von Geschäftsführung zu sprechen, doch ist es sachlich nichts anderes als die Geschäftsführung innerhalb einer Gesellschaft etwa. Das Gesetz vermeidet den Ausdruck im Auftragsrecht, hier heißt es "Geschäftsbesorgung" oder "Ausführung des Auftrags"; dagegen sprechen die §§ 677 ff. von "Geschäftsführung". - Daß es sich hier nur um verschiedene Bezeichnungen handelt, hat ISELE mit seinem umfassenden System der Geschäftsbesorgung gezeigt.

44) S. BRUNS, Recht und Pflicht S. 7

45) z.B. der Minderjährige gem. §§ 106 ff. BGB

46) MARTIN de la MOUTTE (aaO. S. 53) spricht daher von einer "collaboration de volontés"; "L'autorisation doit être considérée que comme son (scl. l'acte imposé par l'invariable) complément nécessaire;...".

Verlangt das Gesetz die Zustimmung im Interesse des Zustimmungenden⁴⁷⁾, ist es nicht anders. Zwar handelt der Zustimmungende hier nicht für einen anderen, sondern nimmt eigene Interessen wahr. Doch eine selbständige Gestaltung nimmt er nicht vor; die Zustimmung wirkt nur mittelbar über die zustimmungsbedürftige Willenserklärung.

4. Innerhalb von Gesellschaften und Körperschaften - relations de groupe⁴⁸⁾ - gibt das S t i m m - r e c h t⁴⁹⁾ die Möglichkeit einer gemeinsamen Willensbildung. Der durch die Abstimmung herbeigeführte Beschluß ist das "rechtstechnische Mittel"⁵⁰⁾ für die Bildung des "inneren Willen"⁵¹⁾ der Personenmehrheit, nur mit seiner Hilfe kann der "Zusammenschluß funktionieren"⁵²⁾.

a) Im Verhältnis zu Außenstehenden kann die Ausübung des Stimmrechts als eine Art der Geschäftsführung angesehen werden, sie entfaltet keine unmittelbare Außenwirkung⁵³⁾. Die einzelne Stimme ist lediglich "Entstehungselement" des Beschlusses, die Stimmabgabe bringt noch keine "selbständige Sachregelung"⁵⁴⁾.

47) z.B. des Ehegatten gem. §§ 1365 ff. BGB, des Vertretenden im Falle des § 177 BGB

48) DABIN, Droit subjectif S. 224

49) v. TUHR zählt es zu seinen Machtbefugnissen (s.o. N. 38); er bezeichnet es als "eine den Gestaltungsrechten verwandte Befugnis" (aaO. I S. 551).

50) BALTZER, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht.

51) v. TUHR aaO. I S. 551

52) BÖTTICHER, Vortrag S. 28

53) BÖTTICHER aaO. S. 29

54) BALTZER aaO. S. 136 f.

Erst die Feststellung und ggfs. die Ausführung des Beschlusses durch das zuständige Organ wenden sich an die Außenstehenden, und erst hier kann eine Gestaltungsbeziehung entstehen. Da das Stimmrecht sich mit der Beschlußfassung in bezug auf die zur Abstimmung gestellten Fragen zugleich erledigt⁵⁵⁾, kann auch nach der Beschlußfassung keine Gestaltungsgegnerschaft zwischen Stimmberechtigten und Außenstehenden angenommen werden.

b) Auch im Innenverhältnis hat die Mitgestaltung mittels Stimmabgabe nur vorbereitende Bedeutung. Immerhin wirkt die Stimmabgabe unmittelbar auf das Zustandekommen des Beschlusses ein. Als Gestaltungs"gegner" könnte man die übrigen Stimmberechtigten, zumindest diejenigen, die anders stimmen, ansehen. Diese Einschränkung weist jedoch schon auf die Besonderheit dieser "Gestaltungsgegnerschaft" hin: alle Stimmberechtigten verfolgen doch ein Ziel, die Beschlußfassung als den Weg, den Geschäftsführungsorganen die von der Mehrheit getragenen Weisungen zu erteilen. Wenn auch die Meinungen über den einzuschlagenden Weg auseinandergehen mögen, von dieser rechtstechnischen Seite aus gesehen laufen die Interessen parallel.⁵⁶⁾

Zum anderen bedeutet die Einrichtung der Abstimmung gerade, daß ein 'einseitiges' Handeln einzelner Mitglieder ausgeschlossen sein soll. Nicht der Einzelne,

55) Der von BÜTTICHER (Vortrag S. 6) für das Direktionsrecht des Arbeitgebers verwendete Ausdruck "Muttergestaltungsrecht" würde auch hier passen; vgl. zur Teilerledigung o. § 2 N. 59 (S. 41) und u. § 6 I 2 S. 87 ff.

56) MARTIN de la MOUTTE aaO. S. 52 umschreibt das treffend: "Les volontés qui interviennent à l'acte inclinent toutes dans le même sens pour exprimer en somme l'intérêt unique d'une entité juridique distincte des individus qui la composent."

nur die Gesamtheit der Stimmberechtigten kann Entscheidungen treffen. So hat die Einzelstimme auch im Innenverhältnis keine unmittelbare Wirkung, sie ist lediglich "Rechnungseinheit" für die Feststellung des Abstimmungsergebnisses⁵⁷⁾, das den Inhalt des Beschlusses bestimmt.

c) Aus demselben Grunde kann schließlich - bei rechtsfähigen Personenmehrheiten - die juristische Person selbst nicht als Gestaltungs"gegner" angesehen werden. Denn auch im Verhältnis des Einzelnen zur Gesamtheit hat die einzelne Stimme keine selbständige Bedeutung, bedarf sie der Umsetzung in einen Beschluß, um rechtlich zu wirken.

5. Die Einseitigkeit der Gestaltungsrechte hinsichtlich der Wirkung ihrer Ausübung bedeutet also die Gestaltung g e g e n einen anderen. Erst wenn der Berechtigte über seinen eigenen Rechtskreis hinauswirkt, ist es sinnvoll, von "einseitiger" Gestaltung, gerichtet gegen einen anderen, zu sprechen. Solange die Gestaltung nur den eigenen Rechtskreis des Handelnden betrifft, ist sie Rechtsausübung; der Berechtigte gestaltet dann s e i n e Rechte, die Berechtigung hierzu gehört zum Inhalt des Rechts⁵⁸⁾. Anders im Falle der Einwirkung auf einen fremden Rechtskreis: die Rechtsfolgen richten sich nach außen, ihnen unterliegt der Gestaltungsgegner.

57) BALTZER aaO. S. 146: "rechnerische Einheit"

58) Deshalb erscheint die Gegenüberstellung von Fremd- und Eigengestaltung (SECKEL aaO. S. 212) nicht als ein geeigneter Einteilungsgesichtspunkt für die 'Gestaltungsrechte'. - Wenn JOOSS aaO. S. 5 seine Untersuchung über "Gestaltungshindernisse und Gestaltungsgegenrechte" auf die Eingriffsrechte beschränken muß, so spricht auch das für die hier vertretene Ansicht.

Wo dieses Spannungsverhältnis der Gestaltungslage fehlt, gibt es keine "Gestaltungsgegnerschaft"⁵⁹⁾. Hierzu gehört, daß die Gestaltung nicht für, sondern gegen den Gestaltungsgegner gerichtet ist, was SOHM⁶⁰⁾ treffend umschreibt mit der Wendung: "zu gegnerischen Lasten".

6. Ist die "einseitige" Gestaltung stets ein den Gegner belastender Eingriff in seinen Rechtskreis, so sind Erfüllungshandlungen hier auszuschneiden⁶¹⁾, soweit sie überhaupt einseitig ausgeübt werden können. Gewiß, mit der Erfüllung erlischt die Forderung, doch ist die Erfüllung durch den Schuldner kein belastender Eingriff in das Forderungsrecht des Gläubigers.⁶²⁾ Dem Gläubiger wird, was ihm gebührt, er wird nicht belastet. Ein besonderes Befriedigungsrecht (und gar eine entsprechende besondere Verpflichtung des Gläubigers,

59) Die Konfusion als "Vereinigung von Gestaltungsrecht und Gestaltungsgegnerschaft" bringt daher das Gestaltungsrecht zum Erlöschen (SECKEL aaO. S. 234 f.).

60) Gegenstand S. 11 f.; erst hier gewinnt "gegnerisch" seine eigentliche Bedeutung - s.o. I 2 a.E. S. 48.

61) v. TUHR reiht die "Befriedigungsbefugnis" als ein "Aufhebungsrecht" unter die "negativen Rechte" - das ist eine Untergruppe der Gestaltungsrechte (aaO. I S. 196); SECKEL aaO. S. 207 Anm. 2 spricht von "Hinterlegungsrecht und anderen Befriedigungsgestaltungsrechten". Dagegen u.a. SCHLOCHOFF aaO. S. 3.

62) C. NEUNER aaO. S. 69: "... die Obligationen (scl. sind) schon ihrer Tendenz nach dazu bestimmt, wieder aufgelöst zu werden, sie verbrauchen sich durch ihre Ausübung, die Erfüllung der Obligation ist ihre Lösung." - Das zeigt eine Parallele zu den 'Gestaltungsrechten', die HIRSCH (s.o. § 1 II 3) mit seinen "Zweckrechten" andeutet und die übersehen wird, wenn man als Besonderheit der Gestaltungsrechte ihre Konsumptibilität hervorhebt.

sich der Erfüllung nicht zu widersetzen)⁶³⁾ erscheint im Hinblick auf die Vorschriften über Fälligkeit und Gläubigerverzug weder sinnvoll noch erforderlich.

Die Erfüllung wird auch nicht dadurch zu einem belastenden Eingriff, daß ein Dritter die Leistung erbringen kann (§§ 267 f. BGB)⁶⁴⁾. Gegenüber dem Gläubiger ist die Erfüllung, gleich wer sie ausführt, keine Belastung. Das gilt auch im Falle des § 268 BGB. Zwar hindert hier der Dritte den Gläubiger, in bestimmte Gegenstände zu vollstrecken; das Recht des Gläubigers geht jedoch nicht auf Vollstreckung, sondern auf Erfüllung, die ihm durch den Dritten ja wird. Die Befriedigung ist nicht zugleich Belastung.

Gegenüber dem Schuldner bedeutet die Leistung des Dritten, auch wenn der Schuldner widersprechen sollte, ein Handeln des Dritten für, nicht gegen den Schuldner.

63) Vgl. hierzu aber z.B. MARTIN de la MOUTTE aaO. S. 59: "Si l'on admet pour de débiteur le droit de se libérer; il semble rationnel d'affirmer corrélativement que le créancier est tenu d'une obligation de ne pas s'opposer à cette libération, tout au moins si le paiement est valable. Le recours au droit potestatif n'est peut-être ici très utile." - Ebenso überflüssig ist es wohl, neben dem Recht auf Leistung "ein Recht, die Leistung als Erfüllung anzunehmen", zu stellen - so SIBER, Rechtszwang S. 70; dessen Bedeutung schwächt SIBER selbst ab, wenn er sagt, dieses Recht habe keine Richtung wider den Schuldner, sei "höchstens ein <Recht des rechtlichen Könnens>", nämlich "über den Anspruch zu disponieren" (im Anschluß an THON, Rechtsnorm S. 327 ff.).

64) v.TUHR aaO. I S. 196 Anm. 6 hält gerade diese Fälle für besonders einleuchtend, um von einer "Befugnis zur Erfüllung einer Schuld" als einem "negativen Recht" zu sprechen; daneben sei dem Dritten eine Anwartschaft auf die Forderung gegeben.

7. Der Kreis der Gestaltungsmöglichkeiten war oben durch die "Berechtigung" von den allgemeinen Fähigkeiten abgegrenzt worden. Die Einseitigkeit der Gestaltungswirkung führte zu der Erkenntnis, daß hier stets eine Gestaltungslage gegeben sein muß: dem Berechtigten steht ein Gestaltungsgegner gegenüber, gegen den sich die Gestaltung richtet. Die einseitige Gestaltung ist ein belastender Eingriff in den Rechtskreis des Gestaltungsgegners.

Damit kann als Definition nunmehr gelten: "Gestaltungsrecht" ist die Berechtigung zu einseitigem, belastenden Eingriff in einen fremden Rechtskreis⁶⁵⁾.

B. Einseitige Ausübung der 'Gestaltungsrechte'.

I. Das einseitige Rechtsgeschäft als Mittel der Ausübung von 'Gestaltungsrechten' dient seit SECKEL⁶⁶⁾ der Abgrenzung gegenüber anderen Erscheinungen⁶⁷⁾. So heißt es beispielsweise bei BÖTTICHER⁶⁸⁾: "Da das Gestaltungsrecht durch Rechtsgeschäft ausgeübt wird, muß die Ausübung den Erfordernissen des Rechtsgeschäfts

65) Das Wort "Eingriff" enthält bereits die Bedeutung des "gegen".

66) Welchen Inhalt dieser Begriff nach SECKEL hat, wird einem nicht recht klar, wenn man seine Beispiele (aaO. S. 207 Anm. 2) überfliegt; jedenfalls entspricht er nicht dem heutigen, da SECKEL unter die Gestaltungsrechte auch rechnet: "Fristsetzungs- und andere Aufforderungsrechte", "Anordnungsrecht des Dienstberechtigten", "Befriedigungsgestaltungsrechte". - Als Abgrenzungskriterium wird das Rechtsgeschäft z.B. aaO. S. 216 bzgl. des Pfandrechts verwendet.

67) S. z.B. KREB aaO. S. 15, der meint, der Kreis der Gestaltungsrechte dürfte sich mit dem der einseitigen Rechtsgeschäfte decken.

68) Vortrag S. 3

entsprechen." Eine Begründung für dieses Postulat⁶⁹⁾ wird nicht gegeben, obwohl die "Schwäche der instrumentalen Klammer"⁷⁰⁾ empfunden wird. Vergleicht man den Begriff des Rechtsgeschäfts bei SECKEL, wie man ihn allerdings aus seinen Beispielen nur erahnen kann⁷¹⁾, mit dem heutigen, dann mag diese strenge Abgrenzung ebensowenig den Absichten SECKELs entsprechen wie die Selbstverständlichkeit, mit der man heute die 'Gestaltungsrechte' zu den subjektiven Rechten zählt⁷²⁾.

II. Seit SECKEL werden die 'Gestaltungsrechte' vornehmlich unter dem Gesichtspunkt des Rechts behandelt, die Gestaltungshandlung wird dadurch in den Hintergrund gedrängt.

Vorher war das mangels eines so umfassenden Begriffs wie den des 'Gestaltungsrechts' nicht möglich gewesen: "sans se demander si la déclaration se fondait sur un droit formateur, les anciennes Ecoles considéraient cette déclaration pour elle-même."⁷³⁾ Auch das französische Recht, in dem der Begriff des 'Gestaltungsrechts' bisher nicht so recht Fuß fassen konnte⁷⁴⁾, behandelt die entsprechenden Erscheinungen, die

69) Dagegen schon RAAPE s.o. § 2 N. 70 (S. 44)

70) BRUNS, Gestaltungsrechte S. 265

71) S.o. N. 66

72) S.o. § 1 IV S.22 f.; Skepsis bzgl. der Rechtsnatur der Gestaltungsrechte bei SECKEL aaO. S. 209
Anm. 2: "Schon dieser Tatsache (scl.: Sprachgebrauch des Gesetzes) wegen ist um die Bezeichnung unserer Befugnisse als Rechte vorläufig jedenfalls nicht herumzukommen."

73) L'HUILLER aaO. S. 97

74) HELMREICH aaO. S. 89 ff.; 111 ff.; s. schon o. § 1 N. 113 (S. 23)

größenteils selbstverständlich auch dort vorkommen, unter dem Aspekt der Ausübung, insbesondere in der Lehre vom "abus de droit"⁷⁵⁾. Welche Erkenntnisse die nähere Betrachtung auch dieser Seite der 'Gestaltungsrechte' ergeben kann, zeigt die Abhandlung von MARTIN de la MOUTTE, L'acte juridique unilatéral⁷⁶⁾.

III. Innerhalb der so umfangreichen Lehre vom Rechtsgeschäft fristet das einseitige Rechtsgeschäft ein kümmerliches Dasein. Im Gesetz kommt das darin zum Ausdruck, daß als Prototyp des Rechtsgeschäfts der Vertrag ausführlich geregelt wird; das einseitige Rechtsgeschäft wird nur in Einzelfragen und verstreut in den §§ 111, 174, 180, 182 II BGB behandelt. Ursache hierfür ist die geschichtliche Entwicklung: "Die Prinzipien der Willenserklärung sind für das Gebiet der Verkehrsgeschäfte seit den Römern an den Verträgen entwickelt worden, ..." ⁷⁷⁾. Augenfälliger als im BGB zeigen das das ABGB und der code civil; im code civil werden z.B. Auslegungsregeln und willensmängel im Abschnitt über die Verträge behandelt, ⁷⁸⁾ einen eigenen Abschnitt über willenserklärungen gibt es nicht. ⁷⁹⁾

75) Vgl. etwa ROUAST aaO., dessen "droits discrétionnaires" gerade von hier aus entwickelt werden.

76) Paris 1951

77) A.B. SCHWARZ aaO. S. 556

78) art. 1109 ff. (willensmängel); art. 1156 ff. (Auslegung). - Vgl. KASER, Römischer Anteil S. 340

79) Zu der "systematischen Besonderheit des deutschen BGB" in dieser Frage vgl. KASER, Römischer Anteil S. 339 f.

Genau so kurz wie das Gesetz fassen sich die Lehrbücher bei der Behandlung des einseitigen Rechtsgeschäfts.⁸⁰⁾ Gerade die lückenhafte Regelung im Gesetz hätte für die Lehre Anlaß sein sollen, sich mit dieser Rechtsfigur eingehend zu befassen. Hier soll dem nicht weiter nachgegangen werden, denn die Bedeutung des Rechtsgeschäfts für die Ausübung der 'Gestaltungsrechte' wird überbewertet.

IV. Die Aufnahme des Begriffs des (einseitigen) Rechtsgeschäfts in die Definition des 'Gestaltungsrechts' bewirkt eine Abgrenzung, die sachlich nicht gerechtfertigt ist.⁸¹⁾ Gewiß, die 'Gestaltungsrechte' "par excellence", wie Rücktritt, Kündigung, Anfechtung werden durch einseitiges Rechtsgeschäft ausgeübt. Das entscheidende sachliche Merkmal der hier zusammengefaßten Erscheinungen ist jedoch nicht die Form der Ausübung

80) Im Lehrbuch von L'NECCERUS-NIPPERDEY § 146 I S. 909 heißt es zu den einseitigen Rechtsgeschäften lediglich: "Das einseitige Rechtsgeschäft enthält Willenserklärungen nur einer Partei, Beispiele bieten das Testament, die Auslobung, die Kündigung, die Anfechtung, die Okkupation und die Dereliktion. Es handelt sich vor allem auch um die Rechtsgeschäfte, durch die Gestaltungsrechte (oben § 73 I 3) ausgeübt werden." - Deutlicher kann der Vorrang des Gestaltungsrechts nicht zum Ausdruck gebracht werden. - Ebenso kurz LEHMANN aaO. S. 151: "Das einseitige Rechtsgeschäft enthält die willenserklärung nur einer Partei." Etwas ausführlicher FLUME aaO. § 11, 3 S. 135 ff. - Man betrachte dagegen die sehr ausführliche Behandlung noch bei v.TUHR aaO. II, 1 § 53 S. 20 3 ff..

81) Für eine Trennung von Rechtsgeschäft und Gestaltungsakt ("acte formateur") auch L'HULLIER aaO. S. 99 Anm. 8: "La notion de l'acte juridique et celle de l'acte formateur sont différentes, puisqu'il existe des actes juridiques qui ne sont pas des actes formateurs (les contrats, par exemple), et des actes formateurs qui ne sont pas des actes juridiques." Zu letzteren gehören z.B. die Gestaltungsklagen.

(Rechtsgeschäft), sondern der einseitige Eingriff in den fremden Rechtskreis.⁸²⁾

Allerdings enthält die oben gewonnene Definition der 'Gestaltungsrechte' die Richtung auf das Gestaltungsziel. Und die Beabsichtigung der eintretenden Rechtsfolge dient allgemein der Abgrenzung des Rechtsgeschäfts von den übrigen "Rechtshandlungen"⁸³⁾, bei denen die Rechtsfolge unabhängig vom Willen der Handelnden eintritt. Daß hiermit jedoch keine feste Grenzziehung möglich ist, zeigen die sogenannten "rechtsgeschäftsähnlichen" Handlungen⁸⁴⁾ wie Mahnung und Fristsetzung⁸⁵⁾ einerseits, "abgekürzte" Rechtsgeschäfte (die nicht mehr als solche gewertet werden) wie die Aneignung⁸⁶⁾ andererseits. Ist es nun angesichts der Flüssigkeit der Grenzen zwischen rechtsgeschäftlichem und sonstigem Handeln sinnvoll, das Rechtsgeschäft als Abgrenzungskriterium zu verwenden? Kann man so alle Fälle der Einwirkung auf fremden Rechtskreis erfassen?

82) "... la nature unilatérale d'un acte est déterminée davantage par son fond que par sa forme" (MARTIN de la MOUTTE aaO. S. 53).

83) LEHMANN aaO. S. 133: "... die Wirkung tritt ein, weil sie gewollt genauer als gewollt erklärt ist."

84) Auf diese Schwierigkeiten weist auch MARTIN de la MOUTTE aaO. S. 22 ff. hin; vgl. hierzu auch v.TUHR aaO. II, 1 S. 106 ff., der der Abgrenzung offensichtlich nicht sehr große Bedeutung beilegt.

85) Vgl. hierzu z.B. PALANDT-DANCKELMANN 1 d vor § 104; s.u. § 8 I 2 b und c S. 121 f.

86) Zur Aneignung s.o. AI3 (S. 48 f.)

Auch bei den sog. rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen weiß der Handelnde sehr wohl, daß sein Vorgehen rechtliche Konsequenzen hat. Wenn er zunächst auch nur hofft, durch die Mahnung den nötigen Druck auszuüben, zu seinem Recht zu kommen; daß die Mißachtung der Mahnung rechtliche Folgen hat, ist ihm bewußt, mag er auch die Folgen im Einzelnen nicht übersehen⁸⁷⁾.

Dieses mehr oder weniger ausgeprägte Bewußtsein, daß an die Erklärung überhaupt irgendwelche⁸⁸⁾ Rechtswirkungen geknüpft sind, genügt, um von einem gegen den Betroffenen gerichteten, diesen belastenden Eingriff in seinen Rechtskreis zu sprechen⁸⁹⁾.

Mit der Sprengung der "instrumentalen Klammer" wird es möglich, bisher nicht genügend beachtete Verwandtschaften mancher 'Gestaltungsrechte' zu anderen Erscheinungen aufzuzeigen⁹⁰⁾.

87) v.TUHR aaO. II, 1 S. 107 spricht hier von "inkongruenter Rechtsfolge".

88) ROUBIER aaO. S. 64: "... des suites sont attendues de l'acte; ce minimum se retrouve toujours, ou alors il n'y a pas d'acte juridique."

89) So auch HELMREICH aaO. S. 28 im Anschluß an L'HUILLIER aaO. S. 112 f.

90) S.o. § 2 N. 68 (S. 43) und u. § 7 II S. 105 ff.

§ 4 Einseitiger Eingriff und Privatautonomie.

I. Ein Grundsatz des Privatrechts ist der der Privatautonomie. Im Verhältnis zum Staat bedeutet "Privatautonomie" die Freiheit der Einzelnen in der Gestaltung ihrer privatrechtlichen Beziehungen untereinander, also Nichteinmischung des Staates in die "privaten Angelegenheiten"¹⁾.

"Privatautonomie" kann jedoch auch im Verhältnis der Einzelnen zueinander verstanden werden als "wechselseitige" Privatautonomie²⁾. Sie herrscht innerhalb der "Machtkreise der Einzelnen"³⁾. Wer seinen Machtkreis verläßt, greift notwendig in den eines anderen ein. Die Autonomie des Einzelnen⁴⁾ reicht nur "soweit er nicht die Rechte anderer verletzt" (Art. 2 I GG), hier endet die "freie Entfaltung der Persönlichkeit". Die Abgrenzung der verschiedenen Machtkreise ist erforderlich, "damit die Freiheit des Einzelnen in dieser Richtung mit der Freiheit Aller zusammen bestehen kann; also zur Beseitigung von Anarchie."⁵⁾

1) FLUME, Rechtsgeschäft S. 149 umschreibt diese Seite der Privatautonomie, wenn er das Rechtsgeschäft als das "dem einzelnen für die Gestaltung von Rechtsverhältnissen in Selbstbestimmung zur Verfügung stehen" (de) Mittel beschreibt.

2) So ist "Privatautonomie" verstanden, wenn A.B. SCHWARZ aaO. S. 562 die einseitige Gestaltungsmacht als "eine bedeutsame Erweiterung der Privatautonomie" ansieht, "indem hier der Erklärende dem anderen einseitig seinen Willen diktiert."

3) KLOPPPEL, Begriff des Urheberrechts S. 11

4) MARTIN de la MOUTTE aaO. S. 41 spricht von "auto-réglementation, l'auteur ne modifiant que son propre patrimoine."

5) CROME aaO. S. 161 - S. auch BINDER, Rechtsphilosophie S. 82 f.: "Dieser Wille, der sich als frei weiß, insofern er auch die anderen Willen als frei anerkennt ...".

II. Der Eingriff in einen fremden Rechtskreis bedarf einer besonderen Erlaubnis.⁶⁾ Die Folgen eines unberechtigten Eingriffs sind verschieden, je nach der Art des Eingriffs. Es handelt r e c h t s w i d - r i g , wer durch tatsächliche Handlungen seinen Rechtskreis unbefugt überschreitet, es handelt r e c h t s u n w i r k s a m ⁷⁾, wer unberechtigt mittels eines Willensaktes Rechtswirkungen über seinen Rechtskreis hinaus setzen will⁸⁾.

Hier gewinnt die bereits bei BRINZ vorgenommene Unterscheidung von "rechtlichem Dürfen und Können (licere, posse)"⁹⁾ Bedeutung. Gilt das rechtliche Dürfen für alle Handlungen, so das rechtliche Können nur für 'Rechtsgeschäfte', "im weitesten Sinne des Wortes also nur zu solchen Handlungen ..., welche vom Recht zur Erzielung seiner unsichtbaren, rechtlichen Wirkungen aufgestellt oder recipiert sind"¹⁰⁾. Die dem Nicht-Dürfen widersprechende Handlung ist rechtlich relevant, dagegen ist die Handlung ohne Können rechtlich irrelevant¹¹⁾.

6) MANIGK (Privatautonomie S. 88) spricht von der "Ermächtigungsnorm"; FLUME, allgemeiner Teil II S. 137; v.TUHR aaO. I S. 164: "Die Fähigkeit, Rechtswirkungen herbeizuführen ..." erfordert "eine konkrete Beziehung des handelnden Subjekts zu dem Rechtskreis, der durch sein Handeln betroffen wird."

7) BRINZ aaO. I S. 211: "Rechtsgeschäfte ohne rechtliche Macht sind null und nichtig."

8) Dieser Unterschied wird bereits von SECKEL aaO. S. 236 hervorgehoben; desgleichen v.TUHR aaO. II 1 S. 207; SOHM, Gegenstand S. 13 f.; BINDER, Gegenstand S. 71.

9) aaO. I S. 211 ff.

10) BRINZ aaO. S. 211 f. - 'Rechtsgeschäfte' in diesem weiten Sinne sind also auch "rechtsgeschäftsähnliche" Handlungen und "abgekürzte" Rechtsgeschäfte (vgl. o. § 3 B IV über N. 85 - S.64). Zur Unterscheidung von tatsächlicher und rechtlicher Änderung vgl. o. § 1 V 2 c S. 25.

11) Hierzu vgl. auch JELLINEK aaO. S. 47

III. wer auf einen fremden Rechtskreis mittels eines Willensaktes wirksam einwirken will, bedarf hierzu der Ermächtigung. Der einseitige Eingriff muß "aus einer besonderen Macht legitimiert werden."¹²⁾ Es drängt sich der Vergleich mit dem öffentlichen Recht auf, wo erst die Ermächtigungsnorm den staatlichen Eingriff in private Rechte rechtfertigt. Die Parallele wird noch deutlicher, wenn man die Lage des Gestaltungsgegners als "Unterworfensein"¹³⁾ unter die Gestaltungsmacht des Berechtigten auffaßt. Wenn die 'Gestaltungsrechte' insofern als "Brückenschlag"¹⁴⁾ zum öffentlichen Recht bezeichnet werden, wenn gar ihr "an und für sich verfehlter Standort im Privatrecht" festgestellt worden ist¹⁵⁾, so bedarf das des näheren Zusehens.

1. Der Einzelne ist, ob er mag oder nicht, in seiner Umwelt befangen. Das findet seinen Ausdruck in dem "allgemeinen Gewaltverhältnis" gegenüber dem Staate; der Einzelne ist - spätestens mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB) - der durch Gesetz, vor allem durch die Verfassung begrenzten Gewalt des Staates unterworfen.

Das "allgemeine" wird zu einem "besonderen Gewaltverhältnis", wenn der Einzelne zum Staat in ein besonderes Rechtsverhältnis tritt, sei es als Schüler, als Beamter, als Soldat. Stets handelt es sich dann

12) BÖTTICHER, Vortrag S. 4.- Das zeigt den Ausnahmecharakter einer solchen Ermächtigung. wenn dieser bisweilen als Grund für den numerus clausus der Gestaltungsrechte angesehen wird (so z.B. FLUME, Allgemeiner Teil II S. 137), dann wird übersehen, daß hier im Rahmen der Vertragsfreiheit auch "private Neuschöpfungen" denkbar sind, wie bereits SECKEL aaO. S. 218 f. ausführt.

13) BÖTTICHER, Vortrag S. 33; STEFFEN aaO. S. 32 f.

14) BRUNS, Gestaltungsrechte S. 286

15) STEFFEN aaO. S. 33

nur um eine Ausformung des allgemeinen Gewaltverhältnisses, das allgemeine Subordinationsverhältnis wird noch stärker ausgeprägt durch Gehorsampflichten.

Die Unterworfenheit des Gestaltungsgegners unter die Gestaltungsmacht des Privatrechts ist ganz anderen Ursprungs. Hier herrscht der Grundsatz der Gleichordnung, der einseitige Eingriff in fremde Rechte ist die Ausnahme. Die Ermächtigung hierzu folgt nicht aus einem generellen Unterordnungsverhältnis, sondern hat seinen Ursprung in besonderen Tatbeständen. Teils sind es vertraglich eingeräumte Ermächtigungen, teils sind es Sanktionen geknüpft an ein bestimmtes "tatbestandsmäßiges" Verhalten des Betroffenen.

2. Der verschiedene Entstehungsgrund gibt der Unterworfenheit des öffentlichen und der des Privatrechts auch einen unterschiedlichen Charakter. Ist der staatliche Eingriff nur die spezielle Ausformung des allgemeinen Unterwerfungsverhältnisses, das die ganze Person erfaßt, so ist der einseitige Eingriff im Privatrecht stets nur ad hoc gegeben, bezogen auf eng begrenzte Teilbereiche des fremden Rechtskreises.

Gerade der Vergleich BÖTTICHERS¹⁶⁾ zwischen der Einzelgestaltung im Privatrecht, also z.B. dem Direktionsrecht des Arbeitgebers, und Befehl, Verfügung, Verwaltungsakt läßt diesen Unterschied deutlich werden: der Dienstverpflichtete kann weisungen, die mit dem Inhalt des Dienstvertrages keinen sachlichen Zusammenhang haben, als Anmaßung des Dienstberechtigten zurückweisen; beim Soldaten und beim Beamten ist es nicht nur die sachliche Arbeit, auch die Person wird von dem besonderen Rechtsverhältnis erfaßt.¹⁷⁾

16) Vortrag S. 33

17) Trotz aller entgegengesetzten Tendenzen ist es mit gutem Grunde wenigstens noch so.

3. Es hat schon seinen tieferen Grund, wenn die Unterwerfung im öffentlichen Recht die Regel, im Privatrecht die Ausnahme ist und wenn dementsprechend hier der Vertrag, dort der per definitionem rechtsgestaltende (einseitige) Verwaltungsakt als Mittel der Gestaltung der Rechtsverhältnisse im Vordergrund steht. Einseitiges wie zweiseitiges Handeln sind jedoch nur *F o r m e n* des rechtlichen Handelns¹⁸⁾, deren sich sowohl die Privatrechtsordnung wie das öffentliche Recht bedienen können.

Entstehungsgrund und Inhalt der aus der Möglichkeit zu einseitigem Handeln sich ergebenden Unterworfenheit sind allerdings so verschieden, daß man die Parallele nicht zu weit treiben sollte¹⁹⁾. Sie mag dienlich sein, um das "Widerlager des Gestaltungsrechts"²⁰⁾ zu beleuchten, sie darf aber nicht so weit führen, von einem "an und für sich verfehlten Standort"²¹⁾ der 'Gestaltungsrechte' im Privatrecht zu sprechen.

IV. Wenn SCHWARZ²²⁾ die einseitige Gestaltungsmacht als "eine bedeutsame Erweiterung der Privatautonomie" bezeichnet, wenn BOTTICHER²³⁾ die Besonderheit der

18) Darauf weist BOTTICHER, Vortrag S. 33 hin, wenn er sagt: "Dabei sind die juristischen Denkformen nicht so zahlreich, daß sie diesseits und jenseits der Grenze beider Rechtsgebiete durchaus verschieden sein müßten oder auch nur könnten."

19) MARTIN de la MOUTTE klammert daher aus seiner Betrachtung "les actes unilatéraux du droit public" mit folgender Begründung aus (aaO. S. 17): "La qualité de la personne juridique qui les prend et l'idée de puissance publique qui les inspire nous paraissent en effet leur conférer un ensemble de traits qui n'appartiennent qu'à eux."

20) BOTTICHER, Vortrag S. 33

21) S.o. über N. 15 (S. 68)

22) s.o. N. 2 (S. 66)

23) Gestaltungsrecht S. 45

'Gestaltungsrechte' in dem "Einbruch in das materielle Vertrags- bzw. Mitwirkungsprinzip" sieht, so wird der Entstehungsgrund für diese einseitige Gestaltungsmacht zu sehr in den Hintergrund gedrängt. Die Ausübung der 'Gestaltungsrechte' ohne Mitwirkung des Gestaltungsgegners darf nicht verdecken, daß eine große Anzahl von Gestaltungsmöglichkeiten vertraglich ausdrücklich eingeräumt werden. Gewiß, die Gestaltung erfolgt nun ohne Mitwirkung des Gegners.²⁴⁾ Voraus geht aber häufig die vertragliche Begründung der Gestaltungsmacht. Dann ist das Mitwirkungsprinzip nicht durchbrochen, lediglich ist die Mitwirkung vorverlegt.

Diesen Einwand versucht BÖTTICHER²⁵⁾ am Beispiel von Vorkaufs- und Rücktrittsrecht abzufangen. Er meint, die vertragliche Einräumung des Vorkaufsrechts stehe der "Einbruchsfunktion" nicht entgegen. "Mit derselben Argumentation müßte man aus dem Kreis der Gestaltungsrechte beispielsweise auch das vertragliche Rücktrittsrecht verbannen."

BÖTTICHER stellt also allein auf das Ergebnis der Gestaltung ab. Für eine "funktionale"²⁶⁾ Betrachtung der 'Gestaltungsrechte' darf jedoch ihr Entstehungsgrund nicht außer Acht gelassen werden. Von BÖTTICHER selbst stammt die Einteilung in "ausfüllende" und "einbrechende" Gestaltung. Drängen diese Begriffe nicht danach, die 'Gestaltungsrechte' in ihrer Bedeutung für das gesamte, jeweils von der Gestaltung

24) Wenig sinnvoll erscheint es, mit STEFFEN aaO. S. 30 die Empfangszuständigkeit des Gestaltungsgegners in eine Mitwirkung umzudeuten - auch nicht mit der Einschränkung, es sei "keine echte aktive Mitwirkung". - Mitwirkung verlangt ein aktives Handeln. Besser ist hier der - ebenfalls von STEFFEN vorgeschlagen - Ausdruck der "passiven Rechtslage".

25) Gestaltungsrecht S. 45

26) Soweit ersichtlich spricht erstmals BÖTTICHER vom "funktionalen Gehalt" der 'Gestaltungsrechte' (Vortrag S. 33).

betroffene Rechtsverhältnisse zu untersuchen, nicht nur ihre unmittelbar zutage tretende Wirkung, sondern auch ihre Funktion für die Entwicklung des Rechtsverhältnisses zu betrachten?

Rückt BOTTICHER den Einbruch in das Mitwirkungsprinzip zu sehr in den Vordergrund, so will GUHL²⁷⁾ wiederum diesen - ebenfalls zu weitgehend - völlig leugnen. GUHL meint, daß der Gestaltungsberechtigte nie durch seinen Willen allein die Gestaltung herbeiführe. Das sei offenkundig bei den vertraglich eingeräumten 'Gestaltungsrechten'. Nicht anders sei es aber auch bei den gesetzlich begründeten 'Gestaltungsrechten'; hier ersetze der objektive Rechtssatz den Willen der Partei.²⁸⁾

Ähnlich will auch STEFFEN²⁹⁾ in der Eingehung eines Rechtsverhältnisses "zugleich die Unterwerfung unter eventuelle Gestaltungsakte der Gegenpartei" sehen. Jedermann müsse, so führt er als Beispiel aus, sich bei Vertragsschluß darüber im Klaren sein, daß sich der Partner geirrt haben kann, er unterwerfe sich insoweit der Gestaltungsmacht des Partners. - Die Rückführung von rechtlichen Sanktionen auf eine vertragliche Unterwerfung erscheint doch etwas gekünstelt.³⁰⁾

Bevor die Frage, inwieweit die Gestaltungsmacht eine Durchbrechung der "wechselseitigen" Privatautonomie

27) aaO. S. 32 f.

28) Die Regelung in § 894 ZPO unterstreicht diesen Gedanken nur. - Allerdings wird dort stets das Bestehen einer Mitwirkungspflicht vorausgesetzt, die das Gesetz durch Zuerkennung von 'Gestaltungsrechten' gerade umgeht.

29) STEFFEN aaO. S. 32 f. - Den gleichen Gedanken findet man bei SIBER, Rechtszwang S. 90, wenn er die Schadensersatzansprüche als "kraft Rechtsens aufschiebend bedingte Ansprüche" erklärt. Es geht wohl zu weit, den Verletzungstatbestand nur als auslösende Bedingung zu werten. ROUBIER aaO. S. 169 meint das gleiche mit der Wendung: "acquis dès le moment même de ce contrat."

30) Hierzu s.u. § 7 I 2 S. 103 f. und § 8 IV 1 a.E. S. 135 : 3 S. 137 f.

bedeutet, beantwortet werden kann, muß dem Entstehungsgrund und vor allem der funktionalen Bedeutung der verschiedenen 'Gestaltungsrechte' nachgegangen werden.

§ 5 Planergänzung und Sanktion als Grundlage einer Einteilung der 'Gestaltungsrechte'.

I. Die Gegenüberstellung von "ausfüllender" und "einbrechender" Gestaltung bei BÖTTICHER greift BRUNS¹⁾ auf, wenn er unterscheidet zwischen ausfüllender Gestaltung zur Schließung von "Planlücken" und "Gestaltung mit Rechtszwangcharakter" als Folge einer "Planverfehlung".

BÖTTICHER entwickelt die "ausfüllende Gestaltung" allerdings in einem sehr engen Sinne. Ausgehend von den §§ 315 ff. BGB denkt er hier an "Regelungsrechte", die dem Berechtigten ein "Handlungsermessen" gewähren. Damit will er diejenigen 'Gestaltungsrechte' hervorheben, die mehr bieten als nur "die Wahl, die Rechtsgestaltung vorzunehmen oder zu unterlassen" - hier liegt "das Wie der Gestaltung fest"²⁾ -, die dem Berechtigten die "schöpferische" Gestaltung, die Ausformung des Vertrages überlassen.

Nun, auch bei der Wahl zwischen zwei wahlweise geschuldeten Leistungen - z.B. Herstellung oder Geldersatz gem. § 249 BGB - ist das "Wie" festgelegt. Und doch kann in der Sache hier kein Unterschied gesehen werden zu den "Regelungsrechten": in beiden Fällen geht es um die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses, um die nähere Bestimmung der Leistung. Bisher offene Fragen werden "geregelt" und zwar nach dem Ermessen des Berechtigten. Einzig der Umfang dieses "Handlungsermessens" ist verschieden groß.

1) Gestaltungsrechte S. 267 ff.

2) Vortrag S. 16 ff.; ähnlich ROUBIER aaO. S. 165 f. für seinen Begriff der "faculté" als einer "prérogative conditionnée": la faculté, elle, ne comporte qu'une option conditionnée et restreinte entre des alternatives connues à l'avance;...".

Bevor man hier weiter differenziert, sollte zunächst das Gemeinsame dieser Erscheinungen beachtet werden. Man findet es in der Funktion der Gestaltung innerhalb der Entwicklung des Rechtsverhältnisses, das unterschiedliche Maß an Gestaltungsfreiheit tritt dagegen zurück.

II. Ergänzung³⁾ eines "offenen Planes"⁴⁾ und Sanktionierung von "Planverfehlungen", das sind die zwei Funktionen, auf die sich sämtliche 'Gestaltungsrechte' im hier entwickelten Sinn zurückführen lassen. Diese funktionale Zweiteilung mag zunächst befremden, wenn man an so klassische 'Gestaltungsrechte' wie das Rücktritts- oder Kündigungsrecht denkt. Der Schnitt verläuft zwischen vertraglichem und gesetzlichem Rücktrittsrecht, zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung. So werden Erscheinungen getrennt, die nach Wirkung und Form der Ausübung sich decken. Die Grenzen einer exakten Schnittführung werden deutlich, wenn man an Rücktrittsrechte denkt, die als Sanktion für bestimmte, vom Gesetz nicht behandelte Vertragsverstöße vereinbart werden.

Die Unterscheidung rechtfertigt sich jedoch aus der unterschiedlichen Rolle der genannten Erscheinungen im Rahmen und in der Entwicklung der Rechtsverhältnisse. Ihre Funktion ist bei allen Einzelfragen zu berücksichtigen. Ob ein 'Gestaltungsrecht' z.B. abgetreten werden kann, kann nicht abstrakt, sondern nur im Zusammenhang mit der funktionalen Bedeutung des 'Gestaltungsrechts' jeweils beantwortet werden.

3) Der Ausdruck "Plan l ü c k e " enthält eine Färbung - "lückenhaft" -, die der bewußt begründeten Ausfüllungssituation nicht entspricht.

4) BRUNS, Gestaltungsrechte S. 265 ff.

Nicht darf also die Frage etwa lauten: sind Kündigungsrechte abtretbar?; die Funktion der ordentlichen Kündigung⁵⁾ zeigt, daß sich für sie diese Frage gar nicht stellt, anders kann es jedoch bei der außerordentlichen Kündigung⁶⁾ sein.

III. 1. Eine wesentliche Erhellung dessen, was hier unter "funktionaler" Aufgliederung der 'Gestaltungsrechte' gemeint wird, bringt die ROUBIER⁷⁾ entlehnte Gegenüberstellung von "situation juridique en cours de f o r m a t i o n " und "situation juridique en cours d' e f f e t" oder "le cycle de développement des effets d'une situation juridique" und "le cycle de sa formation". Besser läßt sich - über die bloße Wirkfunktion hinaus, wie sie durch formale Begriffe wie "negative Rechte"⁸⁾, "Aufhebungsrechte"⁹⁾, "Gegenrechte"¹⁰⁾ angesprochen

5) sie gehört zur "naturalen Struktur des Rechtsverhältnisses" (vgl. u. § 6 II 1 S. 90 ff., bes. N. 34).

6) s.u. § 8 II 3a a.E. S. 129; so ist es z.B. sehr fraglich, ob ein zwischen den bisherigen Parteien des Schuldverhältnisses eingetretener wichtiger Grund etwa im Falle der Betriebsübernahme auch den neuen Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigt.

7) aaO. Chapitre II §§ 2 und 3

8) S.o. § 1 I 4 S. 9f. u. II 5 S. 20 (über N. 88)

9) S.o. § 1 II 5 S. 20

10) S.o. § 1 I 10 S. 13f.

wird - die Funktion der verschiedenen 'Gestaltungsrechte' in bezug auf das gesamte Rechtsverhältnis nicht erfassen.¹¹⁾

-
- 11) Hier ist zu betonen, daß die Unterscheidung ROUBIERS mehr formaler Natur ist und so die Grenzen anders zieht, als es im folgenden geschieht; das tut jedoch dem Erklärungswert dieser Unterscheidung - und nur der Erklärung dient sie hierkeinen Abbruch. -

ROUBIER kommt zu seiner Zweiteilung ausgehend von dem Begriff der "faculté". Als "option ouverte par la loi elle-même" steht sie der "option prévue par le contrat" gegenüber (aaO. S. 163 f.). "La notion faculté ne peut avoir intérêt que si cette option se rapporte à une possibilité de création d'une situation nouvelle. Mais l'exécution d'une option prévue par le contrat nous place seulement en face du régime ordinaire des droits et de leurs effets" (S. 164). Dagegen heißt es für die "facultés", auch "facultés légales" genannt: "Il s'agit là d'options ouvertes par la loi elle-même, et qui se placent dans le cadre de la création des droits, et non de leurs effets."

Hinter dieser Unterscheidung steht wiederum - vgl. o. § 3 B II (S. 62) - der Gedanke des "abus de droit", denn: "Nous rappelons aussi que tous les droits qui se rapportent aux causes de dissolution des contrats, improprement appelés facultés de résiliation, de résolution ou de révocation, ne peuvent être traités comme des facultés discrétionnaires au sens propre du mot; ce sont bel et bien des droits, susceptibles d'abus, ..." (S. 176).

Die "facultés s'opposent aux droits proprement dits"; die "options prévues par le contrat" dagegen sind "des droits véritables découlant du contrat lui-même", sie sind "acquis dès le moment même de ce contrat" (S. 168 f.).

Als Beispiele für die "facultés légales" nennt ROUBIER die Erbschaftsannahme, gewisse Nachbarschaftsrechte. -

(Fortsetzung S. 78)

2. Zwei weitere Unterscheidungen vermögen die hier angestrebte Aufgliederung der 'Gestaltungsrechte' zu verdeutlichen.

a) Nimmt man die Unterscheidung BIERLINGS¹²⁾ von Rechtsetzungs- und Rechtsbetätigungshandlungen, so zielen diese auf die Geltendmachung bestehender Rechte (effets), jene auf die Begründung von Rechten (formation).

Forts. v. Note 11)

Diese Gedanken ROUBIERS passen in den Rahmen der Frage, inwieweit das Mitwirkungsprinzip durch die Möglichkeit zu einseitiger Gestaltung durchbrochen wird: die "faculté" entsteht kraft Gesetzes, die "option" geht auf einen Vertrag zurück. - ROUBIERS Unterscheidung wird jedoch in ihrem Wert fragwürdig, wenn er allein auf die Begründung des Vertrages abstellt, alles folgende als "situation juridique en cours d'effet" betrachtet. Er geht dann davon aus, daß stets die "formation" mit Eingehung des Rechtsverhältnisses abgeschlossen ist. Ist das aber stets der Fall? wie ist es z.B. bei der Wahlschuld, die ROUBIER (S. 163) selbst anführt? Hierzu heißt es: ... l'option qui est ouverte au contractant ne tend pas à la création d'une situation juridique nouvelle: elle tend seulement à régler le mécanisme de droits antérieurement acquis et les conditions de leur exercice."

Im folgenden wir unter "formation" nicht nur die Begründung neuer Rechtsverhältnisse verstanden; zur "formation" gehört all das, was den Inhalt des Rechtsverhältnisses (auch nachträglich) regelt bzw. ergänzt.

12) Prinzipienlehre II S. 46; vgl. auch o § 1

I 8 S. 12

Es ist die "Beziehung auf die Entstehung von Rechtsnormen"¹³⁾, die die Rechtssetzungshandlungen von den Rechtsbetätigungshandlungen - z.B. Zahlung der Schuld, Mahnung, Okkupation - scheidet.

b) Ganz ähnlich stellt auch WINDSCHEID¹⁴⁾ Rechtsbildung und Rechtswirkung gegenüber. Einmal ist der Wille maßgebend "für das Sein von Befehlen der Rechtsordnung", das andere Mal "für die Durchsetzung des von der Rechtsordnung erlassenen Befehls". Also auch hier der Gegensatz von Rechtssetzung ("formation") und Rechtsdurchsetzung ("effet").

3. Betrachtet man nun die beiden oben herausgestellten Funktionen der 'Gestaltungsrechte', Ergänzung eines offenen Planes und Sanktionierung von "Planverfehlungen", so wird einmal die "formation" - in dem hier gemeinten weiten Sinn¹⁵⁾ -, das andere Mal der "effet" angesprochen.

a) Solange in einem Rechtsverhältnis einzelne Fragen noch nicht geklärt sind, solange es noch einer Ergänzung bedarf, ist seine "formation" noch nicht abgeschlossen. Ist die noch erforderliche Ergänzung, sei es auf Grund einer besonderen Vereinbarung, sei es auch nur aus der "naturalen Struktur des Rechtsverhältnisses"¹⁶⁾, der einen Seite anheimgestellt, ist sie ihr 'vorbehalten', kann man von einem
R e g e l u n g s v o r b e h a l t sprechen.

13) aaO. S. 118 f.

14) aaO. S. 155 f.; vgl. auch o § 1 I 9 S. 13

15) vgl. o. N. 11 a.E. (S. 78)

16) BRUNS, Gestaltungsrechte S. 267

b) Die zweite Gruppe von Gestaltungsmöglichkeiten folgen nicht aus einer anfänglichen Offenheit des Rechtsverhältnisses, sondern entstehen erst nachträglich auf Grund eines besonderen, nicht in der normalen, von den Parteien vorgesehenen Entwicklung liegenden Tatbestandes. Sie dienen der Sanktion einer Störung ("Planverfehlung"), mit ihrer Hilfe soll die Störung behoben, zumindest aber ausgeglichen werden¹⁷⁾. Hier handelt es sich dann in der Tat um Folgen aus dem Rechtsverhältnis ("effets"), die nicht mehr in den Rahmen der Begründung und näheren Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses fallen.¹⁸⁾

In dieser Funktion ragen die Gestaltungsmöglichkeiten der zweiten Art in den Bereich der Reaktion auf Rechtsstörungen¹⁹⁾ hinein²⁰⁾. Sie sollen weiter unten unter dem - den gängigen Begriff der 'Gestaltungsrechte' sprengenden - Oberbegriff des **R e c h t s b e - h e l f s** behandelt werden.

17) wALSMANN aaO. S. 110: "... nicht nur im Begründungsstadium des Schuldverhältnisses, auch in seiner weiteren Entwicklung kommen Gestaltungsrechte zur Existenz. Sie haben durchweg den Zweck, bei anormalem Verlauf die Abwicklung des Schuldverhältnisses zu fördern."

18) interessant ist hier die Regelung des Spezifikationskaufs (§ 375 HGB): die zunächst dem Käufer **v o r b e h a l t e n e** Befugnis, die Modalitäten des Leistungsgegenstandes zu bestimmen (§ 375 I HGB), geht - als **S a n k t i o n** - auf den Verkäufer über, wenn der Käufer die Bestimmung nicht trifft (§ 375 II HGB); vgl. auch § 264 II BGB oder § 239 II ZPO.

19) Zur "Rechtsstörung" s. BRUNS, Lehrbuch § 26 III

20) Als "private" Sanktionen finden sie sich vornehmlich im Schuldrecht; im Familien- und Erbrecht wären sie nicht in gleichem Umfang zu verantworten; s.u. § 8 II S. 124 ff.

IV. Die oben²¹⁾ aufgeworfene Frage, inwieweit die Berechtigungen zu einseitigem Eingriff in fremden Rechtskreis als eine Durchbrechung des "Mitwirkungsprinzips" anzusehen seien, ist für Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf getrennt zu beantworten.

1. Die Berechtigung zur ausfüllenden Gestaltung auf Grund eines Regelungsvorbehaltes bedeutet keine Durchbrechung des genannten Prinzips. Der von der Gestaltung betroffene Teil ist dieser nicht gegen seinen Willen ausgesetzt. Wenn auch die Gestaltung nun ohne sein Dazutun vollzogen werden kann; voraus geht eine Vereinbarung, die den Regelungsvorbehalt entweder ausdrücklich enthält oder ihn als selbstverständlich zugrundelegt. Der Regelungsvorbehalt ermöglicht es der noch nicht endgültig entschiedenen Partei, bis zur Beseitigung ihrer Unschlüssigkeit soweit freie Hand zu behalten, als die Unschlüssigkeit reicht. Die bereits entschiedene Partei kann das von ihrer Seite Erforderliche für den Vertragsschluß schon jetzt erledigen²²⁾. Das Rechtsverhältnis wird schon so weit wie möglich geregelt, es genügt allein die Erklärung des Berechtigten, in welcher Weise er von dem Vorbehalt Gebrauch machen will, um den "Plan" Wirklichkeit werden zu lassen.

21) § 4 IV S. 72

22) Es handelt sich, wie bei der Aneignung (s.o. § 3 A I 3 S. 48 f.), um ein rechtstechnisches Mittel.

2. Dagegen bedeutet die einbrechende Gestaltung mittels eines Rechtsbehelfes einen Eingriff in den fremden Rechtskreis o h n e Mitwirkung des Betroffenen. Mögen die Rechtsbehelfe auch häufig aus einem Vertragsverhältnis erwachsen, sie entstehen nicht auf Grund der Vereinbarung, sondern auf Grund eines besonderen Tatbestandes, einer Störungssituation; es sind Sanktionen, die den Gegner nie als von ihm gewollt treffen. Doch ist auch hier die Verbindung zu der "wechselseitigen Privatautonomie" nicht all zu weit gelöst. Die Geltendmachung von Rechtsfolgen ("situation juridique en cours d'effet") ist weniger eine Durchbrechung, denn eine Ergänzung des Mitwirkungsprinzips. Das wird am Beispiel der Anfechtung besonders deutlich werden.²³⁾

23) vgl. u, § 8 IV 3 S. 137 ff.

§ 6 Regelungsvorbehalte

Der Inhalt eines Rechtsverhältnisses ist häufig mit dessen Begründung noch nicht in allen Einzelheiten festgelegt. Denkt man an das Beispiel des Dienstvertrages¹⁾, so wird deutlich, daß dies oft auch gar nicht sinnvoll oder überhaupt möglich wäre. Somit entsteht eine "Ausfüllungssituation", das Rechtsverhältnis ist insoweit ausfüllungsbedürftig²⁾. wollen die Parteien die offenen Fragen nachträglich gemeinsam regeln, handelt es sich um eine vertragliche Ergänzung zu dem bestehenden Rechtsverhältnis³⁾.

Die 'Offenheit' des Rechtsverhältnisses kann nicht unbegrenzt sein, sein Inhalt muß zumindest bestimmbar sein. Andernfalls fehlt es an einer verbindlichen Regelung; denn was nicht bestimmbar ist, kann nicht durchgesetzt werden.

Die Ausfüllung des bei der Begründung des 'offenen' Rechtsverhältnisses gesteckten Rahmens kann auf einer Seite - bisweilen auch wechselseitig beiden Teilen - vorbehalten werden⁴⁾, sei es auf Grund einer Vereinbarung, sei es kraft Gesetzes.⁵⁾

1) Vgl. o. § 2 I 3 b S. 31 f.

2) Zu dem weniger neutralen Begriff "Planlücke" s.o. § 5 N. 3 (S. 75).

3) Hierbei ist die Auslegungsregel des § 154 BGB zu beachten; sie macht deutlich, daß "die Verständigung über einzelne Punkte" zum 'Vertragsfundament' gehört, also Teil des Rechtsgeschäfts "Vertrag" ist. Zu dessen Auflösung führt es, wenn man diesen Zusammenhang zerreißt, vgl. hierzu unten III S. 98 f.

4) "Der Ausgestaltende übernimmt hier die Festlegung des Vertragsinhalts, den sonst beide Partner gemeinsam hätten aushandeln müssen" (BÖTTICHER, Gestaltungsrecht S. 51).

5) Kraft Gesetzes z.B. in § 179 BGB, § 375 II HGB; s. auch oben § 5 N. 18 (S. 80).

Die Möglichkeit der einseitigen Ausfüllung⁶⁾ und damit der endgültigen Festlegung des Inhalts des Rechtsverhältnisses gehört "in den Kreis rechtsgeschäftlicher Normensetzung"⁷⁾. Sie findet sich verstreut über das ganze BGB⁸⁾, vorwiegend jedoch im Schuldrecht, das den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit mehr Spielraum für besondere Vereinbarungen⁹⁾ beläßt als das formgebundene Sachenrecht mit seinem Typenzwang und als Familien- und Erbrecht mit ihren ausführlichen Regelungen - hier finden sich gesetzliche Regelungsvorbehalte.¹⁰⁾

Die 'Offenheit' des Rechtsverhältnisses kann sich einmal auf den Gegenstand oder die Modalität der Leistung beziehen (I), weiter kann sie die zeitliche Begrenzung betreffen (II) und schließlich auch das ganze Rechtsverhältnis in Schwebe halten (III).¹¹⁾

-
- 6) BRUNS, Recht und Pflicht S. 6 bildet den Oberbegriff "Befugnisse einseitiger Blankettausfüllung"; "in blanco" erfolgt die Ausfüllung jedoch nicht, sondern gebunden an den Plan, der der Freiheit mehr oder weniger enge Grenzen setzt. - Von Blankett spricht man gewöhnlich nur dort, wo der "in blanco". Ermächtigte nach außen freie Hand hat, er damit mehr kann als er darf. In diesen Fällen tritt zu der plangebundenen Ausfüllungsfreiheit im Innenverhältnis die nach außen unbegrenzte Ausfüllungsfreiheit hinzu.
- 7) BRUNS aaO. S. 6
- 8) Im Sachenrecht z.B. das Wahlrecht des Pfandgläubigers bei der Verwertung mehrerer Pfänder (§ 1230), im Familienrecht der Rücktritt vom Verlöbnis (§ 1297 ff.), im Erbrecht z.B. die Wahl des überlebenden Ehegatten zwischen kleinem und großem Pflichtteil (§ 1371 I u. II).
- 9) Hier ist Raum für "private Neuschöpfungen" (SECKEL aaO. S. 219; vgl. o. § 4 N. 12 (S. 68)). - Der oft behauptete "numerus clausus" der 'Gestaltungsrechte' trifft nur für Sachen-, Familien- und Erbrecht zu. NEUBECKER (aaO. S. 38) führt als Gründe treffend an die "Verstaatlichung des Eherechts" und die über den Einzelnen hinausgehende Bedeutsamkeit erbrechtlicher Verhältnisse, die der "Autonomie des Individuums" Schranken setzen.
- 10) S. die in N. 8 genannten Beispiele
- 11) Eine ähnliche Einteilung trifft bereits SECKEL aaO. S. 211 f. für alle 'Gestaltungsrechte'.

Der Begriff "Regelungsvorbehalt" bringt die ursprüngliche Offenheit des Planes zum Ausdruck. Der Vorbehalt knüpft an die Vereinbarung an, bei der eben die offenbleibenden Punkte der Regelung durch den Berechtigten vorbehalten bleiben.

I. Regelungsvorbehalt bezüglich des Leistungsinhalts

Häufig ist der einen Seite vorbehalten, den Schuldinhalt des Rechtsverhältnisses genauer zu bestimmen. Der Grad der Unbestimmtheit ist verschieden¹²⁾, die Art der geschuldeten Leistung ist hierfür mitbestimmend. So besteht bei Rechtsverhältnissen, die Dienstleistungen (im weitesten Sinne) zum Gegenstand haben, ein viel größeres Bedürfnis für Regelungsvorbehalte als etwa beim Kaufvertrag über eine Gattungssache.¹³⁾

1. Für die nachträgliche Festlegung des Leistungsgegenstandes bietet das Gesetz folgende Rechtsfiguren:

a) Das Leistungsbestimmungsrecht der §§ 315 ff. BGB. Der Berechtigte kann im Rahmen des offenen Planes den Leistungsgegenstand endgültig festlegen.

b) Die Wahlschuld der §§ 262 ff. BGB. Im strengen Sinne spricht man nur von einer Wahlschuld, wenn "eine Schuld mit zunächst noch unbestimmter, aber bestimmbarer Leistung"¹⁴⁾ vorliegt. Hier ist die ursprüngliche 'Offenheit' klar erkennbar.

12) Die äußerste Grenze ist die Bestimmbarkeit, s.o. S. 83.

13) Wenn BÖTTICHER (Vortrag S. 33) die "ausfüllende" Gestaltung auf die Fälle beschränkt, in denen der Berechtigte unter "einer Vielzahl denkbarer Lösungen die passendste zu finden" hat, wo also ein "Handlungsermessen" betätigt wird, so versperrt er sich die Möglichkeit, den hier behandelten funktionalen Zusammenhang zu erfassen; es handelt sich lediglich um verschiedene Grade des "Ermessens" - vgl. o. § 5 I S. 74.

14) PALANDT-DANCKELMANN Anm. 1 zu § 262 BGB

Lediglich eine andere Konstruktion, doch keinen Unterschied in der Sache bedeutet es, wenn das Gesetz eine der wahlweisen Möglichkeiten zur (primär) geschuldeten Leistung erhebt und dem Berechtigten eine **E r s e t z u n g s b e f u g n i s** einräumt, wie z.B. in § 249,2 BGB auf Seiten des Gläubigers, § 251 II BGB auf Seiten des Schuldners. Hier scheint das Rechtsverhältnis nicht 'offen' zu sein, da die primäre Leistung feststeht. Damit bringt zwar das Gesetz zum Ausdruck, welche Leistung nach seiner Ansicht die Regel sein sollte, der Inhalt der Leistungspflicht ist jedoch ebenso 'offen', wie bei der "echten" Wahlschuld: erst mit der Annahme der Leistung bzw. der Erfüllung¹⁵⁾ entscheidet sich, was nun der geschuldete Leistungsgegenstand ist. So ist der Plan hier zwar nicht ausfüllungs b e d ü r f t i g, die Wahl bedeutet dennoch eine Ergänzung, da sie den zunächst bestehenden Schwebezustand beseitigt.

In diesen Fällen wird mit der Entstehung¹⁶⁾ des Rechtsverhältnisses - durch Vertrag oder durch Gesetz - eine Ausfüllungssituation geschaffen. Es ist von vornherein vorgesehen, daß der Berechtigte in Ergänzung des Begründungstatbestandes den Leistungsgegenstand entweder endgültig bestimmen s o l l ("echte" Wahlschuld) oder endgültig bestimmen d a r f (Ersetzungsbefugnis).¹⁷⁾

15) Die Fixierung des Leistungsgegenstandes kann auch vorher durch eine entsprechende Erklärung des Berechtigten erfolgen.

16) Vgl. SECKEL aaO. S. 219 Anm. 4: "Zugleich entstehen unselbständiges Gestaltungsrecht und das Recht, dessen Bestandteil es ist, z.B. wahlrecht und alternatives Schuldverhältnis; facultas alternativa des Gläubigers beim Schadensersatz und dieser Anspruch."

17) Mit dem Begriff der "Hilfsgeschäfte" macht v.TUHR (aaO. II, 1 S. 149) die Unselbständigkeit der Leistungsbestimmung gegenüber dem Vertrag deutlich; er drückt sich recht vorsichtig aus, wenn er sagt: "Mit Rücksicht auf diese Wirkungen (scl. die Fixierung des Inhalts der Forderung) kann man die Nebenerklärungen als besondere Rechtsgeschäfte auffassen, die dazu bestimmt sind, die Rechtswirkungen eines anderen Rechtsgeschäfts zu ergänzen: Hilfsgeschäfte."

Den Zusammenhang mit dem Errichtungstatbestand bringt SIBER¹⁸⁾ bezüglich des wahlrechts mit folgendem Bild zum Ausdruck: "... hier wird die bisherige Unbestimmtheit des Schuldgegenstandes schon durch einseitige wahlausübung behoben, weil diese gewissermaßen die letzte Feile an das schon bestehende, aber wegen der Ungewißheit des Gegenstandes noch nicht fertige Schuldverhältnis anlegt; ...".

2. Besteht die Leistung in Diensten (im weitesten Sinne¹⁹⁾), so gehört eine mehr oder weniger weitgehende 'Offenheit' des Planes, und zwar sowohl seitens des Gläubigers wie seitens des Schuldners, zum wesentlichen Merkmal des Rechtsverhältnisses. Grund und Notwendigkeit wurden bereits oben²⁰⁾ gezeigt.

a) Der Bereich der "Pflichtenautonomie" des Schuldners wurde dort ausgeklammert, da er weitgehend rechtlich nicht faßbar ist. Nur in Ausnahmesituationen wird die Ausführungsfreiheit des Schuldners rechtlich bedeutsam, dann aber nicht als fehlerhafte Vertragsergänzung, sondern als Verletzung von Leistungspflichten.²¹⁾ Hier geht es nicht um Ergänzung des Vertragsinhalts, sondern um Erfüllung des Vertrages; die Ausführungshandlung erledigt zugleich diese Freiheit.

18) Rechtszwang S. 64

19) DEMOGUE aaO. S. 264 verwendet als Oberbegriff "contrats d'aide ou de commandement". wenn auch der Dienstvertrag (Arbeitsrecht) im Vordergrund des Interesses steht, die gleiche 'Offenheit' gibt es auch beim Auftrag, bei der Geschäftsbesorgung usw.

20) Vgl. o. § 2 I 3b aa S. 32

21) Die wertung erfolgt ausgehend von dem geschuldeten Erfolg, nicht davon, wie der Verpflichtete seine Ausführungsfreiheit nutzt.

b) Dagegen geht der Ausführungshandlung voraus, macht sie erst zur Schuldverpflichtung, die Leistungsbestimmung (Weisung) des "Dienstberechtigten". Diese rechtliche Wirkung der Weisung veranlaßte bereits SECKEL²²⁾, das "Anordnungsrecht des Dienstberechtigten" seinen Gestaltungsrechten zuzuzählen. BÖTTICHER²³⁾ führt das Direktionsrecht als ein "laufendes Anpassungsrecht", als ein "Muttergestaltungsrecht"²⁴⁾, auf das Leistungsbestimmungsrecht der §§ 315 ff. BGB zurück, wobei die Parallele zu den oben unter 1) behandelten Regelungsvorbehalten erkennbar wird.²⁵⁾

Die Betonung des Direktionsrechts des Arbeitgebers darf nicht verdecken, daß eine ähnliche, wenn auch nicht immer so weit gehende Leitungsbefugnis stets gegeben ist, wo es um "Dienstleistungen" geht. Das hat DEMOGUE²⁶⁾ am Beispiel des Werkvertrages (Bau eines Hauses) sehr anschaulich dargelegt:

"Le maître qui fait construire un bâtiment ne peut pas arrêter un plan n e v a r i e t u r : des aménagements nouveaux, des modifications diverses lui viendront à l'esprit pendant que le travail sera en cours d'exécution. Et il aura le droit de demander que l'on tienne compte de ses desiderata.

22) aaO. S. 207 Anm. 2

23) Vortrag S. 6

24) Diese Betrachtungsweise hätte SECKEL im Hinblick auf die von ihm als Merkmal der 'Gestaltungsrechte' hervorgehobene Konsumptibilität in Verlegenheit gebracht. - Es ist hier wie beim Stimmrecht (vgl. o. § 3 A II 4 S.56); jede Weisung erledigt i n s o w e i t das Direktionsrecht.

25) DABIN, Examen S. 60 (vgl. schon o. § 3 N. 34 - S. 52) stellt das "commandement au sein de l'entreprise" in den Zusammenhang der "droits fonction"; damit wird, was bei uns in erster Linie als Berechtigung behandelt wird, zu einer "charge", "devoir". Auf diese Weise ließe sich die "soziale" Verantwortung des Arbeitgebers juristisch fassen.

26) aaO. S. 264 ff.; s.o. N. 19 (S. 87)

Sans doute il ne pourrait imposer un changement total: ayant convenu de la construction d'une grange, vouloir que l'on édifie une maison d'habitation. Mais il pourra dans l'intérieur d'un bâtiment faire changer une porte, modifier les dimensions d'une ouverture, etc.

Cette possibilité de modifier, d'avoir des idées nouvelles pendant l'exécution des travaux est, si vraie, que deux articles du Code la présupposent."²⁷⁾

So wird man z.B. auch beim Verwahrungsvertrag dem Hinterleger nachträgliche Weisungen bezüglich der Art der Aufbewahrung zugestehen, dem Auftraggeber eine Abänderung seines Auftrags, besonders wenn diese Änderungen durch nachträgliche Ereignisse erforderlich werden.

In allen diesen Fällen geht das Gesetz von einer fest bestimmten "Dienst"pflicht aus; insbesondere auch § 611 BGB spricht von den "versprochenen Dienst(n)", ohne auf die Weisungsbefugnis des Dienstberechtigten einzugehen. Dem Direktionsrecht liegt der Gedanke zu Grunde, den DEMOGUE²⁸⁾ in folgende Frage faßte:

"Et n'éveille-t-il pas cette idée (scl. de maître) que dans la convention une des parties, sans être aujourd'hui juridiquement mieux traitée que l'autre, a cependant un rôle de chef, ayant le droit de prévoir les éventualités et d'y faire pourvoir, gardant en un mot le droit d'administrer sa chose?" - Die Tatsache, daß der "Dienst"verpflichtete die Sachen bzw. Interessen des "Dienst"berechtigten wahrzunehmen hat, rechtfertigt diese Form der Unterordnung, die im Weisungsrecht zum Ausdruck kommt. - Das Weisungsrecht wird beim Dienstvertrag um so wichtiger, als hier durch die Kündigungsfristen die jederzeitige Beendigung des Rechtsverhältnisses, wie sie in §§ 649, 671, 695 BGB vorgesehen ist, nicht mehr dazu dienen kann, den Vertragspartner, der sich den veränderten Wünschen nicht anpassen will, umgehend aus seiner Stellung zu entfernen.

27) nämlich art. 1793, 1794 cc.

28) aaO. S. 266

Wenn auch im Unterschied zu den unter 1) behandelten Regelungsvorbehalten die 'Offenheit' des Planes nicht so klar zutage liegt, gehört sie gerade hier zum Wesen der genannten Rechtsverhältnisse. Allerdings bewegt sich hier die "ausfüllende" Gestaltung auf die "abändernde" zu, auch sie fällt jedoch unter den 'Regelungsvorbehalt'. Das Rechtsverhältnis ist hier weniger **a u s f ü l l u n g s** bedürftig als **a n p a s s u n g s**-bedürftig.

II. Regelungsvorbehalt bezüglich der Dauer des Rechtsverhältnisses.

Eine Ausfüllungssituation liegt auch dann vor, wenn ein Rechtsverhältnis auf längere Zeit angelegt, seine endgültige Dauer aber noch nicht festgelegt ist. Hauptbeispiel ist das Dauerschuldverhältnis. Hier können oder wollen die Parteien sich oft zeitlich noch nicht festlegen, sie gehen das Schuldverhältnis dann "auf unbestimmte Zeit" ein. In einer Reihe von gesetzlichen Rechtsverhältnissen, die ihrer Natur nach auf ihre Auflösung angelegt sind, bietet das Gesetz die Möglichkeit, dem Rechtsverhältnis ein Ende zu setzen. Vorwiegend bei einseitig verpflichtenden Rechtsverhältnissen ist ein Widerruf möglich.²⁹⁾

1. Gehen die Parteien ein Dauerschuldverhältnis auf unbestimmte Zeit ein, so ist ihnen selbstverständlich daß sie sich nicht auf alle Zeiten ~~aneinander~~ binden. Erst die Möglichkeit, dem Schuldverhältnis - oft unter Einhaltung gewisser **K ü n d i g u n g s** fristen, jedenfalls nie zur Unzeit³⁰⁾ - ein Ende setzen zu können,

29) THIELE aaO. S. 88 will den Widerruf, im Unterschied zur Kündigung, auf die einseitige Willenserklärung beschränkt wissen (1899!). - Das BGB hat diese Einschränkung jedoch nicht getroffen.

30) S. etwa §§ 671 II, 723 II BGB

erlaubt die Bindung auf unbestimmte Zeit.³¹⁾ Das Korrektiv der einseitigen Lösungsmöglichkeit macht die "privatrechtliche Unterwerfung mit Dauercharakter"³²⁾ erst zulässig, sie kann zwar eingeschränkt, doch nie ganz ausgeschlossen werden ("wichtiger Grund")³³⁾. Sie entspricht der "naturalen Struktur des Rechtsverhältnisses"³⁴⁾, der für den Dienstvertrag § 620 II BGB³⁵⁾ Rechnung trägt. - Für das Römische Recht, dem im übrigen die Möglichkeit zur einseitigen Rechtsänderung gegen einen andern unbekannt war³⁶⁾, wird das als "in sich wahrscheinlich" ebenfalls angenommen, nur daß hier die tatsächliche Beendigung, nicht eine Willenserklärung, entscheidend war³⁷⁾.

31) WALSMANN aaO. S. 196 f. sieht daher im Kündigungsrecht einen "wesentlichen Bestandteil des Schuldverhältnisses"; vgl. auch GSCHNITZER aaO. S. 349. - STEINBEISSER aaO. S. 78: "Ein Dauerschuldverhältnis ohne Kündigungsrecht gibt es nicht; denn der Gesetzgeber will Verträge wohl unbegrenzte Zeit gelten lassen, aber er will sie nicht unzerstörbar machen." - Allerdings die engste Bindung, die man sich denken kann, die Ehe, währt zeitlebens - zumindest will es das Gesetz so, das die Aufhebung bzw. Scheidung der Ehe nur in Sanktionsfällen zuläßt. - Unlösbar ist das natürliche Kindschaftsverhältnis; es beruht nicht auf einer Bindung, sondern auf der natürlichen Verbundenheit.

32) BÖTTICHER, Vortrag S. 25

33) Auch wo zum Schutz des sozial Abhängigen die Privatautonomie eingeschränkt ist, bleibt die sanktionierende Kündigung möglich. Daher gilt das Kündigungsschutzgesetz nur für die ordentliche Kündigung.

34) BRUNS, Gestaltungsrechte S. 267

35) Vgl. art. 1780 cc. MARTIN de la MOUTTE (aaO. S. 242 f.) will den Ausnahmecharakter der einseitigen Lösung von Dauerverbindungen daraus ableiten, daß sie in art. 1736 für den Mietvertrag, in art. 1780 für den Dienstvertrag, in art. 1869 für die Gesellschaft und in art. 2004 für den Auftrag ausdrücklich geregelt seien. - Er bedenkt dabei nicht den gemeinsamer Grund, der hinter diesen "Ausnahmen" steht und sie notwendig macht.

36) Vgl. o § 1 I 1 S. 7

37) Hierzu s. KASER aaO. S. 473 und JÖRS-KUNKEL-WENGER aaO. S. 237

Mehrfach ist die Kündigung als "normale Endigungsart" der Dauerschuldverhältnisse "der Erfüllung bei den vorübergehenden Schuldverhältnissen"³⁸⁾ an die Seite gestellt worden. Man sagt, die Kündigung sei ein Grund des Erlöschens des Schuldverhältnisses. Das beruht auf der mangelnden Scheidung zwischen Gestaltung des Vertragsinhalts und Erfüllung des so gestalteten Vertrages: die Kündigung legt erst die Vertragsdauer fest; hiervon zu unterscheiden ist die Erfüllung der Pflichten aus dem Dauerschuldverhältnis bis zu dem Endigungszeitpunkt.³⁹⁾ Das wird ganz deutlich, wenn Kündigungsfristen einzuhalten sind oder wenn nicht gehörig erfüllt wird.

Die Kündigung ist, auch wenn sie zugleich das Ende des Rechtsverhältnisses herbeiführt, Teil der vertraglichen Regelung. Die Vertragsdauer, die bis zur Kündigung ungewiß war, wird nunmehr auf bestimmte Zeit begrenzt, es handelt sich um eine Ergänzung des Vertragsinhalts⁴⁰⁾, die in der Regel beiden Parteien vorbehalten ist (wechselseitiger Regelungsvorbehalt).

Beim Darlehen erfüllt die Kündigung eine zweifache Funktion, die ihre rechtliche Einordnung erschwert. Häufig wird hier von der "Fälligkeitskündigung"⁴¹⁾ gesprochen. Diese Bezeichnung rückt die Kündigung in die Nähe von Mahnung und Fristsetzung und verleitet dazu, die "Fälligkeitskündigung" als auf eine einzelne Forderung, die Rückforderung des Darlehens, bezogen anzusehen⁴²⁾. - Bei dieser Betrachtungsweise verkümmert

38) GSCHNITZER aaO. S. 329; STEINBEISSER aaO. S. 78

39) Vgl. hierzu WIESE, Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen in Festschrift für NIPPERDEY I S. 837 ff., besonders S. 840 ff.

40) SCHLOCHOFF aaO. S. 18: "Ergänzung fehlender Vertragsbestimmungen".

41) So z.B. PIEPER aaO. S. 166 f.

42) PIEPER aaO.

die zweite Funktion der Kündigung: sie führt zwar auch die Fälligkeit der Rückforderung herbei, das ist aber nur eine Folge davon, daß sie den Endzeitpunkt für das Darlehnsverhältnis bestimmt. Die eigentliche "Kündigungs"funktion besteht darin, daß dem Dauerschuldverhältnis "Darlehen" ein zeitliches Ende gesetzt wird. Damit unterscheidet sie sich nicht von den oben behandelten Fällen der Kündigung, auch hier bringt sie eine Ergänzung des Vertragsinhalts.⁴³⁾

2. Ein weiterer Fall der zeitlichen Begrenzung von Rechtsverhältnissen zunächst unbestimmter Dauer ist die **Aufhebung**. Das Gesetz sieht sie besonders für die verschiedenen Arten der Gemeinschaft vor, für die einfache Gemeinschaft in §§ 749 ff. BGB (entsprechend für die Miteigentumsgemeinschaft), für die Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten z.B. in §§ 1385 f. BGB, für die fortgesetzte Gütergemeinschaft in § 1492 BGB seitens des überlebenden Ehegatten, und für die Miterbengemeinschaft in § 2042 BGB⁴⁴⁾.

43) Auf die doppelte Funktion der "Fälligkeitskündigung" hat bereits GSCHNITZER aaO. S. 334 hingewiesen; er sagt, auch sie sei "eine Aufhebungs-kündigung". - Bei v.TUHR (aaO. I S. 130 Anm. 33) findet sich die Gegenüberstellung von "Fälligkeitskündigung" und "Aufhebungs-kündigung", ohne daß auf die doch beiden eigene Aufhebungswirkung in bezug auf das ganze Rechtsverhältnis hingewiesen würde. - Die doppelte Funktion der Kündigung beim Darlehen kommt in dem Ausdruck "Kündigungsmahnung" zur Geltung, bei der, im Unterschied zur "Erinnerungsmahnung", die Leistungspflicht noch nicht besteht (PLANCK-SIBER Anm. 4 zu § 284 BGB S. 263; ebenso MANICK, Juristische Handlungen S. 14). Es handelt sich somit um einen "verhaltenen Anspruch" i.S. LANGHEINEKENs; es wird mit diesem Begriff "eine Gestaltungswirkung mit dem Anspruchsbegriff verkoppelt, die mit ihm an sich nichts zu tun hat. Jene hat ihre Eigenfunktion, dieser nicht" (de BOOR aaO. S. 27).

44) Das Gesetz spricht hier von "Auseinandersetzung".

Zum Teil sind diese Rechtsverhältnisse von vornherein auf ihre Aufhebung angelegt, zum Teil dient die Aufhebung wie die Kündigung dazu, die Bindung nicht ewig währen zu lassen. Alle Gemeinschaftler haben die Möglichkeit, auch gegen den Willen der anderen, die Auflösung herbeizuführen; ihnen ist vorbehalten, die Aufhebung zu bewirken.

Allerdings hat das Gesetz mit der unterschiedlichen Bezeichnung auch eine andere rechtstechnische Lösung gewählt. Bei der Aufhebung ist das Mitwirkungsprinzip "formell" gewahrt⁴⁵⁾, denn (zunächst) muß, wer die Aufhebung erreichen will, die Zustimmung der Mitbeteiligten zu erlangen suchen. Gelingt das nicht, kann er über die Leistungsklage auf Abgabe der erforderlichen Willenserklärung klagen, das Urteil ersetzt dann die Zustimmung (§ 894 ZPO). - Dieser Weg ist zwar umständlicher als bei der Kündigung, das Ziel ist jedoch das gleiche⁴⁶⁾. Bereits O. FISCHER⁴⁷⁾ hat darauf hingewiesen, daß der Aufhebungsanspruch

45) BÖTTICHER, Gestaltungsrecht S. 44 spricht hier vom "formellen Vertragsprinzip": "Dessen Preisgabe zugunsten des Gestaltungsprinzips kann nicht mehr entscheidend ins Gewicht fallen".

46) Bereits DEGENKOLB (aaO. S. 67 ff.) hat die historische Wurzel der Aufhebungsklagen, insbesondere bei den notwendigen "Teilungsklagen", aufgezeigt; im römischen Recht bedeutete es eine Vereinfachung der Auseinandersetzung, da die privatrechtlichen Übertragungsakte nur "unvollkommen" waren, wenn sie nicht ohnehin der gerichtlichen Mitwirkung bedurften.

47) aaO. S. 84; FISCHER weist ebenfalls auf die sehr eigenartige actio des Römischen Rechts für die Durchführung der Auseinandersetzung hin. Als "actio duplex" führte sie (auch) zur Verurteilung des Teilungs k l ä g e r s; vgl. hierzu WINDSCHEID (aaO. § 127 Anm. 2 auf S. 642 f.) und Mot. II (S. 882 f.) in denen diese "Doppelzüngigkeit" der römischrechtlichen Teilungsklage als unvereinbar mit der RCPO abgelehnt wird.

im Hinblick auf den Anspruchsbegriff, wie er in § 194 BGB definiert ist, eine inkonsequente Konstruktion sei: der die Aufhebung begehrende Teil verlange von den Mitberechtigten ja keine Leistung.

3. Als dritte Möglichkeit der einseitigen Bestimmung des Endzeitpunktes eines "dauernden" Rechtsverhältnisses sieht das Gesetz, z.B. in § 671 BGB, den *W i d e r r u f* vor. Der Beauftragte kann jederzeit kündigen, der Auftraggeber kann den Auftrag jederzeit widerrufen. In beiden Fällen handelt es sich um die Bestimmung des Auftragsendes.

Wenn das Gesetz auf Seiten des Auftraggebers den Ausdruck "Widerruf" wählt, so wird damit wohl angedeutet, daß der Auftraggeber der Herr der Lage bleibt⁴⁸⁾, das Rechtsverhältnis insoweit in Schwebe bleibt. Das leitet bereits zu den Regelungsvorbehalten über, die den Bestand des Rechtsverhältnisses betreffen.⁴⁹⁾

III. Regelungsvorbehalt bezüglich der endgültigen Bindung.

Bezogen sich die bisher behandelten Regelungsvorbehalte auf den Inhalt der Leistungspflicht oder die Dauer des Rechtsverhältnisses, so begegnen endlich noch solche, die den Bestand des Rechtsverhältnisses in Schwebe halten. Hier kann der Plan in allen Einzelheiten bereits festliegen⁵⁰⁾, doch ist seine Wirkung noch nicht endgültig. Auf der einen Seite spricht man dann von Bindungsvorbehalt, auf der anderen von Option⁵¹⁾.

48) Vgl. o. I 2b S. 88 f.

49) s.u. III 4 S. 97 f.

50) Die 'Offenheit' des Planes kann noch hinzukommen.

51) Zum Begriff der Option s. HENRICH aaO. S. 229 ff.; HENRICH (aaO. S. 82) hebt hervor, daß die Option im französischen, italienischen und englischen Recht deshalb so bedeutsam ist, weil diese Rechte nicht die Bindung an den Antrag kennen.

1. Einmal kann der Vorbehalt darin bestehen, ein derart "schwebendes" Rechtsverhältnis zu Fall zu bringen, so z.B. beim vertraglichen Rücktrittsvorbehalt, beim wiederverkaufsvorbehalt. Im Unterschied zu den oben (II) behandelten Fällen geht es hier nicht lediglich um die Beendigung des Rechtsverhältnisses, sondern um Rückgängigmachung. Diese ist nicht - wie bei den Dauerrechtsverhältnissen - strukturbedingt, sondern trägt der Unschlüssigkeit des Berechtigten zur Zeit des Vertragschlusses Rechnung und bedarf einer besonderen Vereinbarung.

2. Zum andern kann der Vorbehalt sich auf das Entstehen des Rechtsverhältnisses beziehen, dem Berechtigten wird eine Option eingeräumt. Ein gesetzlich geregelter Fall ist z.B. der Kauf auf Probe (§§ 495 f. BGB) und der Vorkauf (§§ 504 ff. BGB).

Hier tritt das Rechtsverhältnis nicht "vorläufig" in Kraft (so oben unter 1.), sondern der Vertrag wird so weit vorbereitet, daß es nur noch der endgültigen "EntschlieÙung" der Parteien bedarf, um das Rechtsverhältnis perfekt zu machen. Ist nur die eine Seite unschlüssig, kann der bindungsbereite Teil ihr eine Option einräumen.

Es bleibt dann der willensentschluß der einen Seite vorbehalten, erfüllt sie diese "Potestativbedingung"⁵²⁾, so tritt der ausgearbeitete Plan in Kraft. Wie man nun die Erklärung des Berechtigten auffaÙt, ob als die Ausübung eines 'Gestaltungsrechts' oder als die Erfüllung einer wollensbedingung⁵³⁾, sicher ist, daß das

52) SECKEL aaO. S. 219 sieht die Verwandtschaft zwischen Gestaltungsrecht und Potestativbedingung; er meint jedoch, es könne sich bei letzterer um kein Gestaltungsrecht handeln, da die Erfüllung der Potestativbedingung kein Rechtsgeschäft sei.

53) Zum Streit über die Rechtsnatur von Vor- und Wiederkaufsrecht s. etwa STEFFEN aaO. S. 61 ff.

Rechtsverhältnis erst durch diese Erklärung endgültig "formiert" wird. Die Erklärung holt ein dem Errichtungstatbestand fehlendes Element, die feste Bindung auch des Optionsberechtigten, nach und gehört somit in den Bereich der ergänzenden Normsetzung.

3. Ein Regelungsvorbehalt steht auch dem Erben zu, der sich zwischen der Annahme und der Ausschlagung der Erbschaft entscheiden kann.⁽⁵⁴⁾ Nach der Regelung des BGB erfolgt der Erbanfall unmittelbar mit dem Tode des Erblassers (§ 1942 BGB). Hiermit genügt das Gesetz dem Grundsatz der unmittelbaren Gesamtrechtsnachfolge - der Tote erbt den Lebendigen. - Dem steht jedoch der andere Grundsatz entgegen, daß sich niemand etwas aufdrängen zu lassen braucht, was er nicht haben will. Deshalb ermöglicht das Gesetz dem Erben, die (vorläufig) angefallene Erbschaft mit rückwirkender Kraft auszuschlagen. Bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist besteht daher ein Schwebezustand⁽⁵⁵⁾, wenn der Erbe nicht vorher bereits die Annahme oder Ausschlagung erklärt hat.

Wenn auch das Gesetz den unmittelbaren Erbanfall bestimmt, erst die Annahme der Erbschaft - oder ihr Ersatz, das Verstreichen der Ausschlagungsfrist - vollendet den Erbschaftserwerb. Die Annahme der Erbschaft hat damit eine den Erwerbstatbestand ergänzende Funktion.

Auch die Möglichkeiten des Erben, eine Haftungsbeschränkung herbeizuführen, wird man zur ergänzenden Normsetzung rechnen müssen.⁽⁵⁶⁾ Der Erbe ist nicht auf Annahme oder Nicht-Annahme festgelegt, ihm ist auch die Möglichkeit vorbehalten, den Umfang des Erbanfalls zu beeinflussen. Auch hierdurch wird die "formation" des Erbschaftsverhältnisses betroffen.

4. Der Widerruf wird vom Gesetz vorwiegend als widerrufsvorbehalt verwandt, also auf die Stellung des sich Bindenden bezogen. So kann der Darlehnsgeber auf Grund eines gesetzlich zuerkannten Bindungsvorbehaltes

54) SECKEL aaO. S. 213 sieht hierin ein "Zugriffsrecht" d.h. ein Gestaltungsrecht.

55) MARTIN de la MOUTTE aaO. S. 66: "Le sort définitif des dispositions testamentaires ne pourra donc être fixé avec une absolue certitude que lorsque le légataire aura formulé son choix."

56) Hierzu s. RAAPE, Das Haftungsgestaltungsrecht des Erben in JherJb 72,293 ff.

(§ 610 BGB) sein Darlehnsversprechen, der Offerent den Vertragsantrag (§ 130 I 2 BGB) widerrufen. Während der Widerruf gem. § 610 BGB den oben unter 1 behandelten Fällen zugeordnet werden kann, führt § 130 BGB zu der umstrittenen⁵⁷⁾ Frage der Rechtsnatur der Stellung des Antragsempfängers.

5. BÖTTICHER⁵⁸⁾ hat die Konstruktion eines besonderen Annahmerechtes aus der Offerte als "Zerfaserung des Vertrages" gebrandmarkt und hinzugefügt: "Die Bindung des Offerenten dient nur der Technik des Vertragsschlusses."⁵⁹⁾ Ebenso meint MARTIN de la MOUTTE: "Mais c'est surtout la technique contractuelle tout entière qui s'oppose à une pareille dissociation de l'offre et de l'acceptation."⁶⁰⁾

Andererseits sieht BÖTTICHER die Option auf Grund eines längerfristigen Angebots als Gestaltungsrecht an, das jedoch nur vertraglich begründet werden könne (§ 305 BGB).⁶¹⁾ Die Kluft zwischen der Selbstbindung des Offerenten lediglich als "technisches Mittel, um das Zustandekommen des Vertrages zu erleichtern"⁶²⁾, und dem nur vertraglich begründbaren Gestaltungsrecht aus der langfristigen Offerte ("Option") versucht BÖTTICHER mit der Frage zu überwinden, "ob nicht wenigstens in angemessener Frist der Begünstigte zum Ausdruck gebracht haben muß, daß er die Einräumung dieses Optionsrechtes annehme."⁶³⁾ Auch diese Betrachtungsweise befriedigt nicht. Einmal ist nicht ersichtlich, wann das "technische Mittel" in ein "Recht" des Antragsempfängers umschlägt; darüber hinaus leuchtet die Notwendigkeit eines besonderen Optionsrechts

57) Einen Überblick gibt STEFFEN aaO. S. 69 ff.

58) Gestaltungsrecht S. 52. - Als Gestaltungsrecht wird das Annahmerecht aufgefaßt von SECKEL aaO. S. 207 Anm. 2; v. TUHR aaO. I S. 162; PIEPER aaO. S. 166; LORENZ aaO. S. 107; L'HUILLIER aaO. S. 166

59) aaO. S. 53

60) aaO. S. 39; hinzu kommt, daß es oft nicht einmal eindeutig ist, wer den Antrag, wer die Annahme erklärt.

61) Gestaltungsrecht S. 53 62) Vortrag S. 14

63) Gestaltungsrecht S. 53 Anm. 25

nicht ein⁶⁴⁾. Für die Überbrückung der Zeit zwischen Antrag und Annahme hat das Gesetz die "B i n d u n g a n d e n Antrag" vorgesehen⁶⁵⁾. Sie genügt auch zur Erklärung der langfristigen Angebote.

Entscheidend ist der Hinweis BÖTTICHERs auf die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts "Vertrag". Dieser setzt sich eben aus zwei Willenserklärungen zusammen, die Bestandteil des Tatbestandes "Vertragsschluß", nicht aber selbst wieder Rechtsgeschäfte sind.⁶⁶⁾ Dieser Zusammenhang wird gesprengt, wenn man das Angebot derart verselbständigt, daß man aus ihm ein besonderes Recht der Annahme ableitet.⁶⁷⁾

IV. Das Bedenken gegen eine "Zerfaserung des Vertrages" kann, in Erweiterung der Gedanken von BÖTTICHER, sogar hinsichtlich aller Regelungsvorbehalte angemeldet werden.

wie man nicht die beiden Hauptbestandteile des Vertrages, den Antrag und vor allem die Annahme, verselbständigen sollte, so auch nicht die Regelung einzelner Vertragspunkte. Niemand denkt daran, die unübersehbaren beiderseitigen Möglichkeiten, auf die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses im Rahmen der Vertragsverhandlungen Einfluß zu nehmen, in eine Vielzahl von 'Gestaltungsrechten' aufzulösen. Man sollte die Einheit auch dann nicht sprengen, wenn die Regelung einzelner Punkte des Rechts-

64) im Unterschied etwa zum englischen Recht. Hier entsteht die Bindung des Offerenten nur auf Grund eines besonderen Optionsvertrages - der Antragsempfänger muß sich die 'option' durch die Leistung einer 'consideration' erkaufen. Hierzu s. HENRICH aaO. S. 71 ff.

65) Die Bindung besteht stets an einen - nicht nur inhaltlich, sondern auch der Person des Adressaten nach - bestimmten Antrag. Das wird nicht beachtet, wenn BÖTTICHER, Gestaltungsrecht S. 53 sagt: "In Wahrheit ist diese Bindung nur als S e l b s tbindung zu werten ...". - Mit dieser beschränkten Bedeutung wäre sie rechtlich kaum noch zu erfassen.

66) Vgl. MARTIN de la MOUTTE S. 39 (s.o. über N. 60 S. 98)

67) Das ist ein Beispiel für die "Zerreißung zusammengehöriger Dinge", wie sie KASER (Römischer Anteil S. 340) als Folge der "weit vorangetriebenen Abstraktion" im Allgemeinen Teil des BGB hervorhebt.

verhältnisses zeitlich ausgesetzt und der einen Seite allein vorbehalten wird.

Freilich ist nicht zu verkennen, daß auf Grund des Regelungsvorbehaltes dem Berechtigten gewisse 'Vor-Rechte'⁶⁸⁾ zugebilligt werden, die - insbesondere bei den Optionen - auch wirtschaftlichen Wert haben. Der Regelungsvorbehalt ist jedoch kein selbständiges Recht; bezieht er sich auf den Inhalt einer Leistung oder die Dauer bzw. den Bestand eines Rechtsverhältnisses, dann begründet er eine besondere Eigenschaft der entsprechenden Forderung (Unbestimmtheit) oder des Rechtsverhältnisses (Ungewißheit seiner Dauer bzw. seiner endgültigen Wirksamkeit). Der Grad der Gestaltungsfreiheit, die der Regelungsvorbehalt dem Berechtigten gewährt, bestimmt mit den Umfang des "mobilen Teils des Rechtsverhältnisses"⁶⁹⁾.

V. Zusammenfassung.

1. Gemeinsam ist allen Regelungsvorbehalten, daß sie bereits mit der Begründung des Rechtsverhältnisses entstehen⁷⁰⁾. Der Vorbehalt wird entweder ausdrücklich vereinbart oder ergibt sich aus der Art des Rechtsverhältnisses (Dauerverbindungen). Sie beziehen sich sämtlich auf Punkte, die an sich zum Errichtungstatbestand gehören. Das gilt auch in den Fällen, wo das Rechtsverhältnis sofort wirken soll, durch eine spätere Erklärung aber wieder rückgängig gemacht werden kann; denn solange der Bestand des Rechtsverhältnisses in der Schwebe bleibt, fehlt noch die

68) Vgl. o. § 2 über N. 33 (S. 36)

69) BRUNS, Gestaltungsrechte S. 270.- Der Begriff des "Hilfsgeschäfts" bei v. TUHR (vgl. o. N. 17 S. 86) deutet die Unselbständigkeit und die Ergänzungsfunktion der Regelungsvorbehalte an.

70) Als Vertragsänderung können sie auch nachträglich vereinbart werden.

beiderseitige vorbehaltlose Bindung, die zur Begründung eines endgültig wirksamen Rechtsverhältnisses gehört.

Die Ausübung des Regelungsvorbehaltes hat somit stets *ergänzend* die Funktion, was mit der Umschreibung "situation juridique en cours de formation" klar getroffen wird⁷¹⁾. Nicht schon die Entstehung des Rahmens - so allerdings ROUBIER - wird hier als "formation" verstanden, diese dauert vielmehr so lange fort, als noch Teile des Planes offen sind. Alles was auf die Ausfüllung des Planes gerichtet ist, gehört "in den Kreis rechtsgeschäftlicher Normensetzung."⁷²⁾

2. Eine Durchbrechung des "Mitwirkungsprinzips" im Sinne einer Ausschaltung der "wechselseitigen" Privatautonomie bedeutet der Regelungsvorbehalt nicht. Er geht auf eine Vereinbarung zurück oder entspricht dem Charakter des Rechtsverhältnisses (in diesen Fällen gilt der Regelungsvorbehalt für beide Seiten). Der einseitige Vollzug der vorbehaltenen Regelung selbst genügt für die Durchbrechung des Mitwirkungsprinzips nicht, dieses bleibt - und zwar nicht nur formell - gewahrt durch die Mitwirkung des Betroffenen bei der Begründung des Regelungsvorbehaltes.

3. Der Regelungsvorbehalt, eingeräumt in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis, findet seine Begrenzung durch die Vereinbarung über den Vorbehalt und vor allem in dem Zweck des Rechtsverhältnisses. Der Regelungsvorbehalt ist "dans le plan de la convention"⁷³⁾ auszuüben, das Rechtsverhältnis bietet Grundlage und Rahmen für den Regelungsvorbehalt.⁷⁴⁾ wenn auch der

71) Vgl. o. § 5 III S. 76 ff.

72) BRUNS, Recht und Pflicht S. 6

73) JOSSERAND aaO. S. 201 No. 146 in Bezug auf vertraglich vereinbarte Lösungsrechte.

74) BRUNS, Gestaltungsrechte S. 267 beschreibt das als "vertragsgegründete, vertragsparallele Einseitigkeit der Normsetzung."

Vorbehalt gegen den Partner wirkt und ausgeübt wird, als rechtstechnisches Mittel kommt er, wie Annahme und Antrag, beiden Seiten zugute. Einmal wird so eine möglichst frühe Bindung unter Berücksichtigung der Lage des noch nicht entschiedenen Teils erreicht; zum andern dient die Ausübung des Vorbehalts der Behebung der bis dahin andauernden Ungewißheit und vollendet so den von beiden Seiten verfolgten Plan.

4. Die hier vorgenommene funktionale Trennung von Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf erleichtert die Erkenntnis, daß die Lage des 'Gestaltungsgegners' in beiden Fällen sehr verschieden ist. Der Regelungsvorbehalt begründet keine besondere "Unterworfenheit" des Betroffenen, sondern bestimmt allein den Grad seiner Bindung aus dem Rechtsverhältnis. Bereits v. DHR⁷⁵⁾ hat für seine "sekundären Rechte"⁷⁶⁾ darauf hingewiesen, daß das Gesetz hier bisweilen von "Bindung" spricht. Die oben zum Vertragsantrag gezogene Parallele wie die Einpassung des Vorbehaltes in die Rechte und Pflichten aus dem Rechtsverhältnis legen es näher, statt von "Unterwerfung" von "Bindung" zu sprechen⁷⁷⁾, die mit dem Rechtsverhältnis gegeben ist. Einer besonderen Gestaltungsbeziehung bedarf es zur Erklärung dieser Bindung nicht, sie gehört vielmehr zum Inhalt des Rechtsverhältnisses und der aus ihm folgenden Rechte. Der Vorbehalt ist jedoch nicht selbst wieder ein eigenständiges Recht.

75) aaO. I S. 170

76) Vgl. o. § 1 II 5 S. 19

77) so BRUNS aaO. S. 207

§ 7 Der Rechtsbehelf als Oberbegriff für die rechtlichen Möglichkeiten der Beseitigung von Rechtsstörungen.

I. 1. Handelt es sich bei den Regelungsvorbehalten um die endgültige Bestimmung rechtsgeschäftlicher Normen *s e t z u n g* ("situation juridique en cours de formation"), so geht es bei der Gestaltung im Gefolge einer "Planverfehlung" um die Auswirkungen *g e s e t z t e n* Rechts ("situation juridique en cours d'effet"). Die Gestaltung auf Grund einer Berechtigung zu belastendem Eingriff in fremden Rechtskreis¹⁾ bringt hier nicht die Regelung noch offener Fragen, sondern dient der Sanktion für eine Rechtsstörung (Rechtsbehelf); sie wirkt durch und durch *g e g e n* den anderen, den Störer²⁾.

Der Inhalt des (gestörten) Rechtsverhältnisses gibt - wie bei der Ausübung der Regelungsvorbehalte (vgl. o. § 6 über N. 73 - S. 101) - den Rahmen für die Gestaltung mittels der Rechtsbehelfe. Man könnte daher versucht sein, auch hier von einer Ergänzung i.S. der Behebung nicht geregelter Vorkommnisse zu sprechen. Hierbei treten die Fälle hervor, in denen der Rechtsbehelf als die Möglichkeit zur Setzung neuer Rechtsnormen ausgestaltet ist (Rechtsbehelfe mit Gestaltungswirkung), wie z.B. bei der Wahl zwischen den in §§ 325, 326 BGB zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen. Diese Normsetzung zielt auf ersetzende, nicht auf ergänzende Gestaltung.

2. Die Funktion der 'Gestaltungsrechte' mit dem Charakter eines Rechtsbehelfs - Reaktion auf eine Rechtsstörung - verbietet es, sie mit den Regelungsvorbehalten auf eine Stufe zu stellen, die der ungestörten

1) Auf diesen Inhalt war der Begriff des 'Gestaltungsrechts' oben § 3 A II 7 S. 60 zurückgeführt worden.

2) Im Unterschied zu der vertragskonformen Funktion der Regelungsvorbehalte - vgl. o. § 6 V 3 S. 101.

Durchführung des Rechtsverhältnisses dienen. Das ist bereits bei der Frage ihrer Entstehung zu beachten. Der Regelungsvorbehalt ist Bestandteil des Rechtsverhältnisses, auf das er sich bezieht, er gehört "in den Plan" des Rechtsverhältnisses und dessen Abwicklung. Der Rechtsbehelf dagegen hat eine zusätzliche Voraussetzung, die durchaus nicht "in den Plan" paßt, diesen vielmehr gefährdet oder gar vereitelt. Der Rechtsbehelf entspricht nie der Ergänzung von bewußt offengelassenen Fragen, sondern ist die Sanktion für mehr oder weniger unvorhergesehene Störungen des Rechtsverhältnisses.

Bereits oben³⁾ wurde der Ansicht entgegengetreten, die hier in Frage kommenden 'Gestaltungsrechte' als mit Eingehung des Rechtsverhältnisses begründet, zumindest als aufschiebend bedingt, anzusehen. Denn nicht das Rechtsverhältnis ist Entstehungsgrund für den Rechtsbehelf, sondern die Rechtsstörung. Der Zusammenhang mit dem Rechtsverhältnis besteht darin, daß Maßstab für das Vorliegen einer Rechtsstörung jeweils der Inhalt des Rechtsverhältnisses ist.

Dieser Zusammenhang mag zu der Konstruktion der aufschiebenden Bedingung verleiten. Sie liegt besonders nahe, wo die Parteien vertraglich bestimmte Verhaltensweisen, die das Gesetz nicht als Rechtsstörungen geregelt hat, mit Sanktionen, wie z.B. einem vertraglichen Rücktrittsrecht oder einer Vertragsstrafe, bedrohen. Hier haben die Parteien nicht nur an die Möglichkeit dieser Störung gedacht, sondern sie sogar in die vertragliche Regelung einbezogen.

Doch auch im Falle einer vertraglich vereinbarten Sanktion vereinbaren die Parteien das Rechtsverhältnis nur, weil sie auf seine erfolgreiche Abwicklung hoffen. Als "psychologischer Zwang"⁴⁾ soll diese Abrede die störungsfreie Durchführung des Planes

3) § 4 N. 29 (S. 72)

4) s.u. § 8 N. 27 (S. 119)

gerade gewährleisten. Tritt dennoch eine Störung ein, wirkt der vertraglich zugestandene Rechtsbehelf wie jeder andere nicht vertragsergänzend, sondern sanktionierend. Entstehungsgrund des Rechtsbehelfs ist nicht der Vertrag, sondern die Rechtsstörung, wenn auch der Rechtsbehelf als sekundäre Erscheinung insoweit von der durch ihn unterstützten primären Verpflichtung abhängt, als deren Inhalt erst darüber Auskunft gibt, ob und in welchem Umfange eine Störung vorliegt.

II. 1. Die "Möglichkeiten des Rechtszwangs"⁵⁾ sind stets die Antwort auf Rechtsstörungen⁶⁾, diese reaktiven erst die Anwendung von Zwang. Es geht um Rechtsverfolgung, wenn die Störung in einer Verletzung von Rechtspflichten liegt, es geht um Rechtsverteidigung, wenn die Störung in einem unberechtigten Eingriff in fremden Rechtskreis besteht⁷⁾.

Damit treten die als Rechtsbehelfe aufzufassenden 'Gestaltungsrechte' in den größeren Zusammenhang des Rechtsschutzes⁸⁾, die Berechtigung zu einem Eingriff in fremden Rechtskreis als Sanktion auf eine Rechtsstörung gehört zu den "einem Jeden zu seinem Selbstschutz zugewiesenen rechtlich geordneten Machtmitteln"⁹⁾.

In einem "Rechtsstaat"⁹⁾ ist jedermann der Schutz

5) BRUNS, Recht und Pflicht S. 6 f.

6) Die Störung ist "Rechtsschutzgrund"; vgl. LANGHEIMKEN, Anspruch und Einrede S. 101.

7) WACH aaO. S. 87 führt das "System der Rechtsschutzmittel" - bezogen allerdings auf solche des Prozessrechts ("Prozessualische Schutzformen", aaO. S. 98) - auf die Bewährung vorhandenen und Abwehr angemessenen Rechts zurück (aaO. S. 95).

8) KLOPPPEL, Begriff des Urheberrechts S. 11

9) Hier zeigt sich einmal mehr die inhaltliche Unbestimmtheit dieses Begriffes; der Fortfall des, als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips verstandenen "Lückenlosen" Rechtsschutzes, den Art. 19 IV GG bekräftigt, würde nicht sogleich das Ende des "Rechtsstaates" bedeuten, wie ein Blick in die eigene Geschichte oder in die Gegenwart anderer "Rechtsstaaten" zeigt.

seiner Rechte durch die hierzu berufenen Rechtspflegeorgane gewährleistet. Stellen sich Rechtsstörungen - gleich welcher Art - ein, so kann der in seinem Recht Gestörte die staatlichen Instanzen anrufen, vornehmlich im Wege der Klage gegen den Störer vorgehen. - Spricht man von Rechtsbehelfen, so meint man in erster Linie diese Möglichkeit der Schutzsuche bei einer staatlichen Instanz.¹⁰⁾

2. Rechtsbehelf als allgemeiner Oberbegriff für die Mittel zur Entgegnung auf Rechtsstörungen umfaßt jedoch auch die im materiellen Recht vorgesehenen Möglichkeiten, dem Störer ohne staatliche Hilfe entgegenzutreten.¹¹⁾ Auch hier ist das Ziel die Beseitigung der Rechtsstörung. Unterschiedlich ist nur das Gewicht der Rechtsbehelfe; die Einschaltung des Staates verleiht ihnen besondere Autorität.

Stellt man auf die Rechtsbehelfsfunktion der aufgezungenen Gestaltung ab¹²⁾, gibt man vor allem auch die sachlich nicht gerechtfertigte "instrumentale Klammer" des Rechtsgeschäfts auf¹³⁾, dann fügen sich

10) S. hierzu etwa die Überschrift des 3. Abschnitts des 2. Teils der Reichsabgabenordnung, "Außergerichtliche Rechtsbehelfe", womit Einspruch und Beschwerde im Behördenverfahren gemeint werden.

11) Eine so umfassende Bedeutung hat etwa im englischen Recht der Begriff 'remedy' (vgl. etwa: Remedies for breach of contract). - 'Remède' als Oberbegriff für rechtliche Schutzmittel verwenden CORNU-FOYER aaO. S. 296

12) BRUNS, Recht und Pflicht S. 6 spricht hier von der "Vielfalt der Möglichkeiten des Rechtszwangs, die schon im materiellen Recht ihren Ausgang nehmen wie Fristsetzung nach Verzug, Rücktritt, und sich in den Prozeß hinein fortsetzen. Diese wären Begleiter und Schutzwehr der (Substanz-)Rechte, als solche aber über die Gestaltungsrechte hinausgreifend: ...".

13) Vgl. o. § 3 B IV S. 65 - Erst dann können z.B. die verschiedenen Formen der Anspruchserhebung (vgl. u.) und die Gestaltungsklagerechte hier in Betracht gezogen werden.

die hier in Frage kommenden 'Gestaltungsrechte' mit den Rechtsbehelfen des Prozeßrechts zu einem ineinandergreifenden Rechtsschutzsystem zusammen. So gesehen, gewinnen die im materiellen Recht enthaltenen Rechtsbehelfe eine verbindende Funktion zwischen Privat- und Prozeßrecht¹⁴⁾.

Die Gleichartigkeit der Funktion läßt dann den formalen Unterschied zwischen gerichtlicher und außergerichtlicher Geltendmachung von Rechtsbehelfen zurücktreten. Auf diese Weise kann auch der sachliche Zusammenhang zwischen "Gestaltungs-Rechtsbehelfen", die durch private Willenserklärung und solchen, die nur mittels Klage geltend gemacht werden können, gewahrt bleiben.

III. Die Rechtsschutzfunktion der "Gestaltungsrechte mit R e c h t s z w a n g e i g e n h e i t"¹⁵⁾ wird angesprochen, wenn man sie mit dem Gedanken der Selbsthilfe in Verbindung bringt.

1. Die Parallele klingt bereits bei SOHM¹⁶⁾ an, der unter dem Begriff der "rechtfertigenden Rechte" die 'Gestaltungsrechte' der Selbsthilfe nebenordnet¹⁷⁾.

14) Auch die Rechtsbehelfe des materiellen Rechts gehören in das "Grenzgebiet zwischen Civilrecht und Prozeß" (WACH aaO. S. 87, allerdings in einem engeren, vom Prozeß her gesehenen Sinne). - Von "verbindender Funktion" spricht de BOOR aaO. S. 5 bezüglich der Lehre von den Klagtypen, vom Rechtsschutzbedürfnis, bezüglich der Beweislastregelung, schließlich auch bezüglich Anspruch und Einrede - zu letzteren s.u. § 8 III S. 132 ff.

15) BRUNS, Gestaltungsrechte S. 266

16) Vgl. o. § 1 II 4 S. 18 f.

17) Damit wird also nicht etwa die Zuweisung eines 'Gestaltungs r e c h t s' gemeint, sondern lediglich die Wirksamkeit der - "gerechtfertigten" - Handlung, der Gestaltung.

wenig später wird dieser Gedanke von NEUBECKER¹⁸⁾ in sehr einprägsamer Weise näher ausgeführt. NEUBECKER weist auf "die Parallele der r e c h t s geschäftlichen und der körperlichen oder tatsächlichen Selbsthilfe, oder der j u r i s t i s c h e n und p h y s i s c h e n Eigenmacht" hin¹⁹⁾. - Das gleiche drückt BÖTTICHER²⁰⁾ negativ aus, wenn er von "Nichtangewiesensein auf gerichtliche Hilfe" spricht; dieser "Charakter der Selbsthilfe"²¹⁾ macht neben der Durchbrechung des Mitwirkungsprinzips die Besonderheit der 'Gestaltungsrechte' aus. Am pointiertesten wird das Moment der Selbsthilfe von HELMREICH herausgestellt²²⁾.

2. HELMREICH legt seinen Betrachtungen den Gedanken der Selbsthilfe d e r 'Gestaltungsrechte' zugrunde: "Die Faszination des Gestaltungsrechts geht von seinem g e n e r e l l e n Selbsthilfecharakter aus, ..." ²³⁾. So ist die Grundeinteilung bei HELMREICH die in "Selbsthilfegestaltungsrechte"²⁴⁾ und "solche mit gerichtlicher Durchsetzung". Da für HELMREICH "das Hauptmerkmal der Selbsthilfe die Nichtinanspruchnahme staatlicher Hilfe" ist,²⁵⁾ werden als "Selbsthilfegestaltungsrechte" nebeneinandergestellt alle Fälle der einseitigen Vertragsaufhebung, Optionsrechte, wiederverkaufsrechte, Bestätigungs- und Genehmigungsrechte u.a.

18) NEUBECKER, Vertragslösung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung ... ZverglRw 21(1908), 35 ff.

19) aaO. S. 37

20) Gestaltungsrecht S. 43

21) Vortrag S. 3; s. auch BRUNS, Gestaltungsrechte S. 266, wo allerdings der Selbsthilfegedanke auf den Rechtswang beschränkt wird. - S. dazu das Folgende.

22) Das Selbsthilfeverbot des französischen Rechts und sein Einfluß auf Gestaltungs- und Gestaltungsklagerecht.

23) aaO. S. 38 f. - Sperrung nicht im Text.

24) Nach dem vorstehenden Zitat ist das beinahe schon Pleonasmus!

25) aaO. S. 38 Anm. 4

Soweit darf der Gedanke der Selbsthilfe wohl doch nicht getrieben werden. HELMREICH selbst räumt ein²⁶⁾, daß hier der Begriff der Selbsthilfe gesprengt zu werden drohe. Er beruft sich jedoch auf das "Hauptmerkmal" der Selbsthilfe und meint, "daß man eine derartige Einschränkung (scl. auf die "Reaktion auf ein Geschehen außerhalb des Selbsthilfeberechtigten") nicht vorzunehmen" brauche.

Auch wenn man sich bewußt ist, daß Begriffsbildungen nie als "unrichtig" bezeichnet werden können²⁷⁾, wird man diesen Sprachgebrauch bei HELMREICH ablehnen müssen. Die Selbsthilfe ist ein im Laufe der geschichtlichen Entwicklung immer mehr zurückgeschnittenes Mittel der Rechtsdurchsetzung und Rechtsbehauptung. Als Rechtsschutzmittel wurde sie nach und nach durch ein sich ausbildendes staatliches Rechtsschutzsystem²⁸⁾ ersetzt und ist heute nur noch in eng umgrenzten Ausnahmefällen zulässig.

Rechtsschutz, sei es mittels der Anrufung staatlicher Instanzen, sei es mittels Selbsthilfe, ist nur vonnöten, wo ein entgegenstehender, störender Wille gebrochen werden muß. An einer zu beseitigenden Rechtsstörung fehlt es, soweit der Berechtigte im Rahmen der Rechtsausübung²⁹⁾ rechtsgestaltend tätig wird. Nicht die rechtliche Gestaltung schlechthin, erst die Rechtsänderung als Reaktion auf eine Rechtsstörung, gerichtet gegen den Störer, enthält den Selbsthilfegedanken³⁰⁾.

26) aaO. S. 38 Anm. 4

27) BINDER, Gegenstand S. 46 ff.

28) "... um mit der Rohheit der natürlichen Macht- und Schutzmittel aufzuräumen, ..." (KLÖPPEL, Begriff des Urheberrechts S. 10).

29) Hierzu s.o. § 2 I 4 S. 34 f.

30) wenn HELMREICH aaO. S. 38 meint, "die Zweiteilung in aggressive und defensive Selbsthilfe, die im Bereich der tatsächlichen Selbsthilfe vernünftig erscheint," sei "in dem der rechtlichen nicht sinnvoll, da die
(Fortsetzung S. 110)

Die Frage, inwieweit die Rechtsordnung dem Einzelnen die Macht gibt, durch einen privaten Akt rechtsgestaltend tätig zu werden, ist zu trennen von der Frage, inwieweit die Rechtsordnung die Selbsthilfe - tatsächlicher oder rechtlicher Art - zuläßt. Jene beantwortet sich aus der formalen Natur einer Rechtsordnung³¹⁾, diese aus ihrem Rechtsschutzsystem.

Hält man der Auffassung HELMREICHs das Beispiel der Auslobung entgegen: Der Auslobende unternimmt es, durch die Aussetzung der Belohnung "zum Schutz und zur Förderung seiner Interessen durch eigene Macht die rechtliche Situation zu gestalten"³²⁾, das geschieht "ohne Hinzutritt einer dritten Person, insbesondere ohne Mitwirkung der staatlichen Gewalt"³³⁾;

Forts. v. Note 30)

rechtliche Veränderung als solche weder aggressiv noch defensiven Charakter" habe, so leuchtet der Unterschied nicht ein; "als solche" ist auch die tatsächliche Veränderung nicht aggressiv oder defensiv. -

Auch die Auseinandersetzung HELMREICHs mit der Durchsetzungsfunktion der Selbsthilfe (aaO. S. 38 Anm. 7) vermag nicht zu überzeugen. wenn H. meint, "die Ausübung des Gestaltungsrechts (sei) gleichzeitig Rechtsdurchsetzung und Rechtsausübung", so fragt sich einmal, ob es überhaupt einer "Durchsetzung" des 'Gestaltungsrechts' bedarf - allenfalls geht es doch um die Anerkennung der Gestaltungsfolgen, um die Durchsetzung etwa durch die Gestaltung gesetzter Rechte (die Parallele zur "Vollstreckung" von sog. Gestaltungsurteilen liegt auf der Hand); zum andern ist es wohl auch gar nicht so sicher, welches Recht bei der Gestaltung durchgesetzt wird - das ist gerade die Frage bei den 'Gestaltungsrechten' mit Rechtsbehelfscharakter.

31) Vgl. o. § 1 I 1 S. 7

32) HELMREICH aaO. S. 37

33) aaO. S. 38

eine Selbsthilfesituation³⁴⁾ ist jedoch nicht gegeben. Das Gleiche gilt für eine ganze Reihe von HELMREICHs "Selbsthilfegestaltungsrechten": so ist z.B. die Aneignung keine Selbsthilfe (Rechtsschutz), sondern Rechtsausübung³⁵⁾; die hier als Regelungsvorbehalte erkannten 'Gestaltungsrechte' entspringen keiner Selbsthilfesituation, sie dienen nicht dem Rechtsschutz, sondern der Rechtssetzung³⁶⁾.

3. Am Beispiel der "Selbsthilfegestaltungsrechte" wird recht deutlich, wohin es führt, wenn man ohne die funktionalen Unterschiede der 'Gestaltungsrechte' zu beachten, Aussagen über "die" 'Gestaltungsrechte' macht. - Der Selbsthilfegedanke ist stets mit dem Rechtsschutz verbunden. Er enthält zwei Momente, die - zumindest vorläufige - Unabhängigkeit von staatlicher Hilfe sowie das Vorgehen gegen einen Störer. Beide sind gegeben bei 'Gestaltungsrechten' mit Rechtsbehelfscharakter, die als Sanktion auf eine Rechtsstörung den Gestörten zum einseitigen Vorgehen gegen den Störer berechtigen; bei den Regelungsvorbehalten fehlt es an einer solchen Selbsthilfesituation, sie gehen auf eine "Mitwirkung" des betroffenen Teils zurück und sind nicht als Mittel zur Beugung eines entgegenstehenden Willens gedacht³⁷⁾.

Das Selbsthilfemoment ist daher kein geeigneter Ansatzpunkt für eine umfassende Behandlung der 'Gestaltungsrechte'.

34) Nur die "Beugung eines auf fremden Willen beruhenden Widerstandes" (HEYER aaO. S. 57) läßt die Frage aufkommen, ob man eigenmächtig im Wege der Selbsthilfe oder nur mit der vom Staat vermittelten gerichtlichen Hilfe vorgehen kann und darf; wo kein fremder (störender) Wille im Wege steht, gibt es keine rechtliche Hilfe.

35) Vgl. o. § 3 A I 4 S. 48 f.

36) Vgl. o. § 6 (S. 84)

37) Vgl. o. § 6 V 3 S. 101 f.

4. Die von NEUBECKER³⁸⁾ geschilderte gegenläufige Entwicklung von "physischer" und "juristischer" Selbsthilfe hat jene heute auf eine eng begrenzte Zahl von Ausnahmen zurückgedrängt³⁹⁾.

Man könnte es als eine zivilisierte⁴⁰⁾ Form der Selbsthilfe auffassen⁴¹⁾, wenn das Gesetz statt roher Gewalt Möglichkeiten der Rechtsänderung zugesteht. Diese Form der Selbsthilfe hat jedoch nur ein beschränktes Ziel. Sie wirkt "nur" rechtlich, ohne unmittelbare Auswirkungen auf die tatsächlichen Verhältnisse⁴²⁾. Diese Einschränkung darf bei dem Vergleich zwischen 'Gestaltungsrechten' mit Rechtsbehelfscharakter und der Selbsthilfe nicht übersehen werden⁴³⁾. Einerseits rechtfertigt sie erst

³⁸⁾ S. o. N. 18 (S. 108)

³⁹⁾ S. § 229 BGB und die besonderen Ausgestaltungen der Selbsthilfe in § 561 (Vermieter), § 859 (Besitzer), § 910 (Beseitigung von Überhang) u.a.

⁴⁰⁾ SIBER, Rechtszwang S. 255 verdeutlicht die Abhängigkeit des "bedingten" Verzichts auf Selbsthilfe von der Wirksamkeit der Staatshilfe. Für den Fall deren Erlahmung heißt es aaO.: "Nur die reinen Rechtsschutzansprüche auf Feststellung und Rechtsgestaltung, die einem primitiven Rechtszustand überhaupt nicht angehören, wären freilich ohne Ersatz weggefallen."

⁴¹⁾ Ursprünglich trat die Selbsthilfe nur als tatsächliches Handeln auf; das wird noch bei BRINZ aaO. I S. 261 deutlich: "... die Selbsthilfe bewegt sich nur in Naturhandlungen, nicht in Rechtsgeschäften ...". So auch HEYER aaO. S. 108 f. Ein weiterer Selbsthilfebegriff klingt bei BEKKER an, wenn er die Zustellung der Klage durch die Partei gem. § 233 RCPO zu den "selbsthulfflichen Stücken" zählt, mit denen die "Gerichtshülfe" durchsetzt sei (aaO. § 26 A Anm. a).

⁴²⁾ Zur Unterscheidung von rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen s.o. § 2 I 3 a. E. (S. 33 f.).

⁴³⁾ Das zeigt auch, daß nicht etwa die rechtsgeschäftliche Selbsthilfe die tatsächliche ersetzt hat. Die rechtsgeschäftliche Selbsthilfe tritt vielmehr neben die immer mehr durch den staatlichen Rechtsschutz zurückgedrängte tatsächliche Selbsthilfe.

diese Form der Selbsthilfe⁴⁴⁾ - der Rechtsfriede wird hier nicht in dem Maße gefährdet, wie bei der tatsächlichen Selbsthilfe -; zum andern gibt sie dieser Art von Selbsthilfe ein gewisses Maß an Unsicherheit⁴⁵⁾ - was dem Gebot der Rechtssicherheit zuwiderläuft. Letzterem Umstand trägt das Gesetz dadurch Rechnung, daß es in Fällen weittragender Bedeutung die Gestaltung nur durch Klage zuläßt: der außergerichtliche Rechtsbehelf wird zum prozessualen.⁴⁶⁾

44) "... weil der zu erzielende Effekt sich auf Veränderungen in der Welt des Rechts beschränkt"
BÖTTICHER, Gestaltungsrecht S. 43

45) SCHWARZ aaO. S. 562 nennt diese "Unentschiedenheit" der Rechtslage ein "legislativ politisch bedenkliches Moment." Auch FLECHTHEIM weist auf den "für beide Theile gefährlichen Schwebezustand" (aaO. S. 66) hin. - Das gilt allerdings in gewissem Umfang auch für die tatsächliche Selbsthilfe, die meist der gerichtlichen Bestätigung bedarf und häufig auch noch der darauf folgenden Klage, vgl. HEYER aaO. S. 109.

46) Dazu s.u. § 8 II 3 c, d S. 129 ff.

§ 8 Rechtsbehelfe des materiellen Rechts.

Ausgehend von den 'Gestaltungsrechten' als Berechtigungen zu belastenden Eingriffen in fremde Rechte¹⁾ und nach Abspaltung der Regelungsvorbehalte waren wir zu den 'Gestaltungsrechten' mit Rechtsbehelfscharakter gelangt. Sie geben die Möglichkeit, Rechtsstörungen mit außergerichtlichen Mitteln zu entgegnen. Die Art der Störung bestimmt das Ziel des Rechtsbehelfs; hiernach soll ihre Einteilung erfolgen.

Lediglich der Durchsetzung von Rechten oder ihrer Behauptung dient der Anspruch in seinen verschiedenen Erscheinungsformen (I). Bei Störungen, die über eine bloße Nichterfüllung oder das Streitigmachen von Rechten hinausgehen, bei denen eine Durchsetzung häufig gar nicht mehr möglich ist, bedarf es einer Sanktion, die die Störung und deren Folgen ausgleicht (II). Besteht die Rechtsstörung in der Anmaßung von Rechten seitens des Störers, steht das geltend gemachte Recht ihm überhaupt nicht, nicht so oder nicht mehr zu, bedarf es eines Rechtsbehelfs zur Verteidigung (III). Schließlich gibt es noch Rechtsbehelfe im materiellen Recht, die die durch "Mängel der Entstehung"²⁾ bewirkte Rechtsstörung beheben (IV).

Die Rechtsbehelfsfunktion der hier zu behandelnden 'Gestaltungsrechte' rückt sie als Rechtsschutzmittel, als "Bewehrung" von Rechten³⁾, an die Seite einmal von prozessualen Schutzmitteln, zum andern aber auch von als Rechtsbehelf aufzufassenden Ausgleichsforderungen⁴⁾.

1) Vgl. o. § 3 A II 7 (S. 60)

2) Zu der Unterscheidung von Mängeln der Durchführung und Mängeln der Entstehung von Rechtsverhältnissen vgl. NEUBECKER aaO. S. 35 ff.

3) S. hierzu BRUNS, Lehrbuch § 1 II S. 6. Der Prozeß dient der "Verteidigung letzter Linie, nach Ausschöpfung des <Rechtswangs> des materiellen Rechts" (BRUNS aaO.).

4) Vgl. BRUNS, Gestaltungsrechte S. 280

I. Rechtsbehelfe zur Durchsetzung von Rechten.

Streng zu scheiden sind bei allen Rechten die in ihnen enthaltene Zuweisung, ihre Substanz⁵⁾ einerseits, die Mittel ihres Schutzes und ihrer Durchsetzung andererseits⁶⁾. Je nach dem Inhalt der Zuweisung bestimmen sich die Möglichkeiten der Rechtsstörung und damit das Bedürfnis für Rechtsschutz.

Das wird besonders deutlich bei der Gegenüberstellung von "absoluten" und "relativen" Rechten⁷⁾. Während die

-
- 5) Zum Begriff "Substanzrecht" s. BRUNS, Recht und Pflicht S. 5 f., insbes. N. 14. - S. auch o. § 1 II 7 (S. 21)
- 6) ESSER, Einführung S. 153 f. stellt entsprechend die "Genuß- und Verfügungsfunktion" der "Durchsetzungsfunktion" und "Schutzfunktion" gegenüber.
- 7) Mit diesen beiden Begriffen bewegt man sich auf zwei verschiedenen Ebenen: Der Zusatz "relativ" drückt die Leistungsbeziehung Schuldner-Gläubiger aus, betrifft den Inhalt der Forderung; "absolut" ist der Rechtsschutz bei den "absoluten Rechten", den man nur ummünzt, wenn man aus ihm "die allgemeine Pflicht aller, sich störender Eingriffe in das Recht zu enthalten ..." macht (so ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. § 74 I S. 443). - Schon C. NEUNER aaO. S. 15 greift das "durchaus unzulässige(n) Nebeneinanderstellen zweier Pflichtarten von ganz verschiedener Tendenz" an, das auf den Anspruch gegen jedermann zurückzuführen sei. Dieser entspreche der "allgemeinen Bürgerpflicht Aller zur Anerkennung unserer Rechtsverhältnisse", sei "nur Konsequenz der Rechtsverhältnisse nach Außen hin" und finde sich auch bei den sog. relativen Rechten; dagegen gehöre "die besondere Verpflichtung nur einer einzelnen Person, welche wir bei den Obligationen und Familienrechten wahrnehmen, schon zu dem stofflichen Inhalt dieser Verhältnisse." - In diesem Sinne führt SIBER, Rechtszwang S. 68 bezüglich der unerlaubten Handlung aus: "Die Sanktion ist im letzteren Fall (scl. der unerlaubten Handlung) meist viel stärker, als die der klagbaren Schuldverhältnisse. Aber sie ist eben anders beschaffen, und darum gibt es keine Schuldverhältnisse, kraft deren die Unterlassung unerlaubter Handlungen geschuldet würde." -
- Gegen die Pflicht aller, sich störender Eingriffe zu enthalten, wie sie die h.L. noch immer vertritt, neuerlich BRUNS, Recht und Pflicht S. 9 f.

"absoluten" Rechte einen Ruhezustand bezeichnen - eine Zuweisung statischen Charakters -, gehen die "relativen" Rechte, die Forderungen, auf eine Rechtsänderung⁸⁾, sie haben dynamischen Charakter⁹⁾. Dementsprechend sind die Störungsmöglichkeiten bei Forderungen zahlreicher: einmal kann die in der Forderung enthaltene Zuweisung¹⁰⁾ angegriffen werden; wie bei den absoluten Rechten dient der Rechtsbehelf dann der Behauptung des Rechts. Darüberhinaus kann die Störung auch darin bestehen, daß die der Forderung entsprechende Rechtsänderung nicht herbeigeführt wird - diese Art der Störung gibt es bei den "absoluten" Rechten nicht.

Die "Fundamentalstruktur des Schuldverhältnisses"¹¹⁾ bedeutet, daß "das Interesse einer Person durch das Verhalten einer bestimmten a n d e r e n verwirklicht" wird. Das Ziel der Rechtsänderung gibt der Forderung einen positiven Inhalt¹²⁾ in bezug auf das Verhalten der anderen, bei den "absoluten" Rechten ist die Wirkung gegenüber anderen rein negativen Inhalts.

Aus diesem Unterschied ergibt sich, daß die Mittel der Rechtsverwirklichung bei der Forderung vielseitiger sind. Neben dem Anspruch sind es hier beson-

8) Auch sie sind also "konsumptibel" (s.o. § 6 N. 24 S. 88), was in dem Begriff "Zweckrecht" vgl. o. § 1 II 3 S. 18) zum Ausdruck kommt. - Auch HELLOWIG betont diese Parallele des Zieles - Rechtsänderung - bei Forderung und 'Gestaltungsrecht' (vgl. o. § 1 II 1 S. 17).

9) BRUNS, Recht und Pflicht S. 11 spricht im Anschluß an v. TUHR von einem "Spannungsverhältnis".

10) "die <Habe> des Gläubigers" (BRUNS aaO.).

11) WIEACKER aaO. S. 813

12) Das mag zweifelhaft erscheinen für Forderungen auf Unterlassung. Doch das Versprechen, etwas über die auf Grund der allgemeinen Gesetze bestehenden Verbote hinaus zu unterlassen, zielt auf eine Leistung (§ 241 BGB) - für den Gläubiger ein positivum, für das er Vermögenswerte aufopfert.

ders seine verschiedenen Formen der Geltendmachung wie Mahnung und Fristsetzung, die den Verpflichteten ohne Einschaltung des Gerichts zu der von ihm geschuldeten Leistung veranlassen sollen.

1. Die oben geforderte Unterscheidung zwischen Zuweisung und Schutz bzw. Durchsetzung eines Rechts wird mißachtet, wenn man Anspruch und Forderung gleichsetzt.¹³⁾ Diese "materielle" Auffassung geht auf WINDSCHEID¹⁴⁾ zurück und wird durch den weitgehend übereinstimmenden Wortlaut der §§ 194 und 241 BGB gestützt¹⁵⁾.

Beachtet man die systematische Stellung¹⁶⁾ beider Vorschriften, so verbietet sich die Gleichstellung von Anspruch und Forderung. § 241 BGB steht gewissermaßen als Grundnorm den Vorschriften über Inhalt und Modalitäten der "Verpflichtung zur Leistung" voran¹⁷⁾. Dagegen betreffen die Vorschriften über die Verjährung,

13) So z.B. HELLWIG, Lehrbuch S. 216; R. NEUNER aaO. S. 50 f.; LEHMANN aaO. S. 98; ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. § 222 II 2 S. 1365. - Dagegen wird der Anspruch von der Forderung unterschieden z.B. bei REGELSBERGER aaO. I S. 214; BRINZ aaO. S. 251; KLEINFELLER aaO. S. 133. - Mit dieser Frage setzt sich BRUNS, Recht und Pflicht S. 11 f. eingehend auseinander.

14) Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856. - Vgl. E. WOLFF aaO. S. 9: "Ob jemand einen Anspruch hat, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. wie dieser Anspruch zu verwirklichen ist, regelt die ZPO."

15) LANGHEINEN, Anspruch und Einrede S. IV führt die Annahme der "begrifflichen Identität zwischen dem persönlichen subjektiven Recht und dem in ihm enthaltenen (originären) persönlichen Anspruch" auf den "Versuch" einer Definition des Anspruchs im BGB zurück. - O. FISCHER aaO. S. 77 ff. kritisiert die gesetzliche Definition als "unrichtig und unzweckmäßig."

16) S. hierzu LARENZ aaO. I § 3 S. 25 ff.

17) S. die Überschrift des 1. Titels des 1. Abschnitts im 2. Buch des BGB.

denen die Anspruchsdefinition in § 194 vorangestellt ist, nicht den Inhalt, sondern die Geltendmachung der Forderung. Sieht man im Anspruch richtigerweise "die Befugnis, die Leistung vom Schuldner zu verlangen"¹⁸⁾, so kann man das nicht mit der Leistung, die verlangt werden kann - die in der Forderung enthaltene "gedankliche Vorwegnahme des Erfolges aller Bestrebungen des Schuldners"¹⁹⁾ -, gleichsetzen.²⁰⁾

Das Nebeneinander der Begriffe "Forderung", "Anspruch" und "Schuldverhältnis" hat zu erheblichen Verwirrungen geführt. Die mehrdeutige Verwendung des letzteren im Gesetz²¹⁾ konnte dies nur begünstigen. Eine wesentliche Klärung brachte die von SIBER²²⁾ getroffene Unterscheidung zwischen dem Schuldverhältnis im weiteren Sinne als einem "Organismus", der geeignet sei, Einzelrechte zu erzeugen, vornehmlich Forderungen, und dem Schuldverhältnis im engeren Sinn (=Forderung).

Die Gleichsetzung von Anspruch und Forderung bedeutet eine Vernachlässigung der Funktion des Anspruchs als Rechtsschutzmittel. Sie ist darauf zurückzuführen, daß das bloße "Ansprechen" auf die Leistung wenig bedeutsam

18) v.TUHR aaO. I S. 241 f.

19) BRUNS, Recht und Pflicht S. 11

20) Das gilt auch dort, wo - wie z.B. bei Schadensersatzforderungen - der geschuldete Erfolg sich in einer Geldforderung erschöpft. Über die Schadensersatzforderung kann z.B. verfügt werden, bevor der Anspruch, als Mittel ihrer Durchsetzung, aktuell wird. - Vgl. LANGHEINEKEN, Anspruch und Einrede S. 24.

21) Vgl. hierzu E.WOLF, Zum Begriff des Schuldverhältnisses in Festschrift für HERRFAHRDT (1961) S. 197 ff.

22) Rechtszwang S. 92; vgl. auch Vertragsfreiheit S. 227, wo das Schuldverhältnis im weiteren Sinn als das "von jeher vernachlässigte als Organismus gedachte Rechtsverhältnis" umschrieben wird.

ist²³⁾. Im Vordergrund stehen die besonderen Formen der Anspruchserhebung²⁴⁾, beginnend mit der Mahnung bis hin zur Leistungsklage.²⁵⁾ Doch nicht immer bedarf es des massiven Druckes für die Rechtsdurchsetzung, das mildeste Mittel ist der Anspruch, an den sich nicht sogleich Sanktionen anschließen.²⁶⁾ Der Berechtigte setzt sich dem Kostenrisiko des § 93 ZPO aus, wenn er nicht zunächst im Guten seine Forderung durchzusetzen versucht.

2. Ein Rechtsbehelf zur Durchsetzung von Rechten, besonders von Forderungen, wird erst dann erforderlich²⁷⁾, wenn der Verpflichtete die Leistung nicht aus eigenem Antrieb, spätestens auf Ansprache des Gläubigers hin gehörig erfüllt²⁸⁾. Das ist zum Glück die

23) Vgl. OERTMANN, Kommentar Vorbem. A 5b vor § 194 (S. 700): "Ein bloßes Recht, die Leistung zu verlangen, den Schuldner zu ihr auffordern zu können, ist allerdings ziemlich abgeblaßt." - Ähnlich spricht SIBER, Rechtszwang S. 83 von dem im Anspruch enthaltenen "wenig wichtige(n) (Recht) zur Leistungsaufforderung."

24) So LANGHEINEKEN, Anspruch und Einrede S. 105 Anm. 2 für die Mahnung.

25) OST aaO. S. 43 faßt daher Anspruch, Klage und "Gewaltrechte" (=Selbsthilfe, Notwehr) als "rechtstechnische Hilfsmittel" zusammen, die der "Durchsetzung und dem Schutz der gesetzlichen Güterzuordnung" dienen.

26) Die Rechtsschutzfunktion des Anspruchs wird verdeutlicht, wenn BRUNS, Lehrbuch § 26 III S. 213 Anm. 25 sagt, die Ansprüche zählten nicht zu den "Substanzrechten", sondern bezeichneten "vielmehr Rechtsfolgen aus ihnen für Störungssituationen." Vgl. auch de BOOR aaO. S. 29.

27) "aktuell"! - Der "psychologische Zwang" der "Möglichkeit einer Vollstreckung" (Reimer SCHMIDT aaO. S. 23) als eine "Vorstufe zur Rechtsdurchsetzung" wirkt unabhängig vom Willen des Berechtigten, ist kein Rechtsbehelf. Der Grad seiner Wirkung ist lediglich ein Anzeichen für das Funktionalisieren einer Rechtsordnung; man denke beispielsweise an die Intensität einer Geschwindigkeitsbeschränkung auf offener Landstraße oder in der Stadt unter "Radar-kontrolle".

28) SIBER, Rechtszwang S. 69: "Der Schuldner handelt auch ohne Fordern des Gläubigers seiner Verpflichtung zuwider, wenn er nicht freiwillig leistet."

regel²⁹⁾, wobei es rechtlich irrelevant ist, welches Motiv den Verpflichteten leitet; das kann das Interesse an guten Geschäftsbeziehungen sein, die Furcht vor Sanktionen ("der psychologische Zwang") oder schlicht die Vertragstreue. - Entwickelt sich das Rechtsverhältnis reibungslos, dann fehlt es an einer Rechtsstörung, zu deren Behebung ein Rechtsbehelf vonnöten wäre.

wird die Forderung bei (Voll-)Fälligkeit³⁰⁾ nicht erfüllt; so liegt bereits eine Störung vor. Das gilt auch für die Fälle, in denen die Zeit der Leistung nicht bestimmt ist und für die die Auslegungsregel des § 271 BGB sofortige Fälligkeit anordnet. Die Wendung "noch aus den Umständen zu entnehmen" sorgt dafür, daß der Begriff der Rechtsstörung hier nicht jede Farbe verliert³¹⁾. Mit dem Eintritt der Fälligkeit entsteht ein "Spannungsverhältnis"³²⁾ höchster Stufe: der in der Forderung enthaltene Leistungserfolg steht dem Berechtigten nicht nur überhaupt zu, sondern er steht ihm jetzt zu.³³⁾

29) R. NEUNER aaO. S. 5 Anm. 1 führt aus, daß die Möglichkeit gerichtlichen Zwanges genügt, i.d.R. jedoch ohne seine Anwendung erfüllt wird.

30) der Schuldner ist ohne weitere Aufforderung zu leisten verpflichtet - hierzu vgl. SIBER, Schuldrecht S. 95.

31) So gewinnt der Anspruch auch schon vor "Überleitung in einen Schadensersatzanspruch" "Rechtsbehelfscharakter" (s. aber hierzu BRUNS, Recht und Pflicht S. 12, der diese Einschränkung trifft).

32) S.o. N. 9

33) Eine Rechtsstörung kann solange noch nicht vorliegen, als der Inhalt der Leistungspflicht noch nicht feststeht; hier bedeutet die Erhebung des Anspruchs zugleich die endgültige Bestimmung des Leistungsinhalts (Ausübung eines Regelungsvorbehaltes, s.o. § 6, besonders N. 43). Das sind die Fälle des "verhaltenen Anspruchs" LANGHEINEKENS, bei denen "der Anspruch jederzeit nach dem freien Belieben des Berechtigten in Bewegung gesetzt werden kann" (Verhaltener Anspruch S. 29).

a) Die bloße Geltendmachung der Forderung durch Erhebung des Anspruchs ist also das erste Mittel, das sich dem Berechtigten zur Durchsetzung seines Rechtes bietet³⁴⁾. Häufig wird das schon genügen, den säumigen, doch nicht böswilligen Schuldner zur Leistung zu veranlassen. Findet das "Ansprechen" ein offenes Ohr, so bedarf es keiner weiteren Maßnahmen für die Durchsetzung der Forderung. Als bloße Erinnerung liegt der Anspruch noch im rechtlichen Vorfeld³⁵⁾.

Die gleiche Funktion hat der Anspruch als Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch, nur daß es hier nicht um Durchsetzung eines Leistungserfolges, sondern um die Behauptung des gestörten Rechts geht. Auch hier kann der bloße Anspruch schon zum Erfolg führen.

b) Allerdings wird die Geltendmachung der fälligen Forderung³⁶⁾ mittels des Anspruchs i.d.R. zugleich eine **M a h n u n g** bedeuten³⁷⁾. Diese dringlichere Art der Anspruchserhebung hat zwar unmittelbar keine

34) v.TUHR beschreibt diese Form der außergerichtlichen Geltendmachung der Forderung als "die normale und primäre Art der Ausübung des Anspruchs" und fährt fort: "in den meisten Fällen kommt es zu der freiwilligen Erfüllung durch den Verpflichteten" (aaO. I S. 255).

35) Wie die anderen von BRUNS, Lehrbuch § 1 II S. 6 Anm. 10 unter dem Begriff des "«Rechtswangs» des materiellen Rechts" angeführten Beispiele: "Vorstellungen", "In-Aussicht-Stellen von Vorteilen bei Wohlverhalten"; dagegen sind die ebenfalls dort genannten "Mahnungen" und die "Zurückhaltung der eigenen Leistung" durchaus rechtliche Formen der Anspruchserhebung mit weitergehenden Konsequenzen.

36) Von "Abmahnung" spricht man bei der Beeinträchtigung von "absoluten" Rechten und bei der Verletzung von vertraglich übernommenen Unterlassungspflichten; vgl. hierzu v.TUHR aaO. I S. 255.

37) v.TUHR aaO. setzt die Mahnung mit "außergerichtlichem Verlangen" gleich. - THON aaO. S. 226 Anm. 7 meint, in der Möglichkeit zu mahnen zeige sich die "Gewährung eines Anspruchs".

rechtlichen Folgen; erst wenn der Verpflichtete auch daraufhin nicht leistet, treten die Verzugsfolgen ein.³⁸⁾

Als allenfalls nur "rechtsgeschäftsähnliche Erklärung"³⁹⁾ muß der 'Gestaltungsrechts'charakter der Befugnis zur Mahnung von all denen verneint werden, die das Rechtsgeschäft in die Definition des 'Gestaltungsrechts' aufnehmen⁴⁰⁾. Bedenkt man jedoch die Funktion der Mahnung und die Auslösung der Verzugsfolgen durch sie, wenn der Verpflichtete weiterhin nicht leistet, so gewinnt die Mahnung die Bedeutung eines Eingriffs in fremden Rechtskreis. Als Rechtsbehelf des materiellen Rechts kann sie, bei Aufgabe der sachlich nicht gerechtfertigten "instrumentalen Klammer" des Rechtsgeschäfts⁴¹⁾, den übrigen 'Gestaltungsrechten' mit Rechtsbehelfscharakter zugeordnet werden.

c) Eine noch dringlichere Form der Anspruchserhebung stellt die **F r i s t s e t z u n g**⁴²⁾, besonders wenn sie mit einer Ablehnungsandrohung (§ 326 BGB) verbunden wird. Auch hier entscheidet erst das Verhalten des Schuldners, ob die mit der Fristbestimmung ausdrücklich oder kraft Gesetzes verbundenen Rechtsfolgen eintreten.

38) S. § 284 I 1: " L e i s t e t der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers n i c h t ..."; die Verzugsfolgen werden allerdings auf den Zeitpunkt der Mahnung zurückbezogen.

39) S. LARENZ aaO. S. 265

40) Dennoch rechnet STEFFEN aaO. S. 90 die Mahnung zu den 'Gestaltungsrechten', ohne den Begriff des Rechtsgeschäfts zu erläutern, der in seiner an SECKEL angelehnten Definition enthalten ist. - Als 'Gestaltungsrecht' wird die Mahnung u.a. bei SOHM aaO. (Gegenstand) S. 12, FENKART aaO. S. 31 und HELMREICH aaO. S. 62 behandelt.

41) Vgl. o. § 3 B IV S. 65

42) SECKELs Aufzählung der Gestaltungsrechte (aaO. S. 207 Anm. 2) enthält die "Fristsetzungs- und anderen Aufforderungsrechte".

d) Ebenfalls ein sehr wirksames Mittel, dem Anspruch Nachdruck zu verleihen, ist die **Zurückhaltung der eigenen Leistung**, sei es zur Erwirkung der "Gegen-Leistung" (§ 320 BGB), sei es zur Durchsetzung überhaupt einer fälligen Forderung (§§ 273 f. BGB). Auf diese Weise verbinden sich angreifender und verteidigender Rechtsbehelf, wie das besonders bei den Einreden häufig der Fall ist⁴³⁾.

e) Schließlich ist hier die **Aufrechnung** zu nennen⁴⁴⁾. Die Erklärung der Aufrechnung ist zugleich Erfüllung der fremden⁴⁵⁾ und Geltendmachung der eigenen Forderung. Als Mittel der Anspruchserhebung tritt die Aufrechnung jedoch nur dann hervor, wenn ihr der Aufrechnungsgegner widerspricht, besonders, wenn er die zur Aufrechnung gestellte Forderung bestreitet. Im Übrigen erfolgt die Verrechnung der einander gegenüberstehenden Forderungen, ohne daß überhaupt erkennbar wird, wer der Aufrechnende, wer der Aufrechnungsgegner ist⁴⁶⁾.

43) S.u. III - Vgl. hierzu den Begriff der "anspruchsändernden Einreden" bei SIBER (Schuldrecht S. 69 ff.) für Zurückbehaltungsrecht, Einrede des nicht-erfüllten Vertrages und der mangelnden Sicherheit.

44) Die Aufrechnungsbefugnis zählt zu den klassischen 'Gestaltungsrechten' (s. etwa STEFFEN aaO. S. 8 mit Nachweisen).- SOHM, Gegenstand S. 12 faßt sie mit der Möglichkeit zu Mahnung und Fristsetzung als "verfügende Gestaltungsrechte" zusammen.

45) Insoweit wirkt sie also nicht gegen den anderen Teil (vgl. o. § 3 A II 6 S. 58f.; diese Seite der Aufrechnung wird allgemein zu wenig beachtet, da die Aufrechnungslage stets nur von dem gerade aufrechnenden Teil aus betrachtet wird.

46) Vgl. auch die Regelung des Kontokorrents in § 355 HGB

3. Bezogen auf das Ziel der hier behandelten Rechtsbehelfe des materiellen Rechts, die Durchsetzung bzw. Behauptung von Rechten, kann man von Selbsthilfe wohl nur für die Aufrechnung sprechen. Denn auch die sich an ihre Ausübung anschließenden Nachteile für den Verpflichteten bedürfen wiederum der Durchsetzung, die zu erbringende Leistung vermag der Berechtigte so gerade nicht mit Zwang durchzusetzen⁴⁷⁾. Es handelt sich lediglich um Aufforderungen zur Leistung von verschiedener Intensität, die gegenüber dem Böswilligen nichts ausrichten. Hier genügt dann nicht mehr das Anhalten zur Leistung, der nächste Schritt ist der Zahlungsbefehl oder die Klage als ultima ratio.⁴⁸⁾

II. Sanktionierende Rechtsbehelfe.

Dienten die vorstehend behandelten Rechtsbehelfe dem beschränkten Ziel, bestehende Rechte durchzusetzen, ohne sie inhaltlich zu ändern oder gar aufzuheben⁴⁹⁾, so gehen die sanktionierenden Rechtsbehelfe weiter. Sie haben intensivere Störungen zum Anlaß, die über das bloße Nichterfüllen hinausgehend dem Berechtigten Schaden zufügen oder das Interesse an der Leistung nehmen. Diese Rechtsbehelfe zielen nicht mehr auf Rechtsdurchsetzung - die entweder nicht genügt oder gar nicht mehr möglich ist -, sondern auf einen Ausgleich für die Rechtsstörung.⁵⁰⁾

47) Die Mahnung ist nicht wegen der Verzugsnebenansprüche, sondern "nur in Verbindung mit der Zwangsmöglichkeit von wirklichem Werth, weil ein nicht erzwingbares Sollen durch Fälligwerden oder Erweiterung um gleichfalls unerzwingbare Nebenansprüche aus Verzug kaum werthvoller werden könnte, als es vorher war" (SIBER, Rechtszwang S. 70).

48) eben als "Verteidigung letzter Linie" (BRUNS, vgl. S. N. 3).

49) Soweit Nebenfolgen eintreten (z.B. Verzugszinsen), lassen sie die Forderung inhaltlich unverändert.

50) Vgl. OST aaO. S. 46 f.

1. Das Gesetz bedient sich verschiedener Möglichkeiten, Rechtsstörungen zu sanktionieren. Sie sind z.T. nebeneinander gegeben. Im Schuldrecht sind sie am ausführlichsten behandelt; die §§ 325 und 326 BGB sollen im folgenden als Beispiel dienen.

§ 325 BGB gewährt für den Fall der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit vier Behelfe, diese Rechtsstörung auszugleichen: der Berechtigte kann Schadensersatz verlangen, vom Vertrage zurücktreten, gem. § 323 BGB vom Vertrage Abstand nehmen oder auch an diesem festhalten und die Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. Für den Fall des Verzuges räumt § 326 BGB die beiden erstgenannten Möglichkeiten ein. Die Planstörung bzw. "Planverfehlung"⁵¹⁾ macht es erforderlich, den Plan an die veränderten Umstände anzupassen. Der Inhalt des Schuldverhältnisses wird verändert, häufig erweitert⁵²⁾. Bald treten neue Befugnisse neben die ursprünglich begründeten Forderungen (Verzug), bald entstehen neue Forderungen anstelle der ursprünglichen (Unmöglichkeit)⁵³⁾. Die Wahl zwischen den verschiedenen Rechtsbehelfen gehört zu den Obliegenheiten des Berechtigten. Dieses 'Wahlrecht' hat ergänzende Funktion;

51) S. hierzu o. § 5 II S. 75

52) Vgl. Reimer SCHMIDT aaO. S. 36 und OST aaO. S. 132 - Es dürfte zu weit gehen, mit PIEPER aaO. S. 149 die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei nachträglicher Unmöglichkeit als "mit einer, nur inhaltlich veränderten, primären Leistungspflicht identisch" anzusehen. - Vgl. dagegen die saubere Unterscheidung bei SIBER, Vertragsfreiheit S. 227 Anm. 2; wie SIBER auch BRUNS, Recht und Pflicht S. 6 f.

53) Stets bleibt aber das Schuldverhältnis (im weiteren Sinne) bestehen, es wird zum "Abwicklungsverhältnis" (und zwar nicht nur beim Rücktritt).

mit der Wahl wird die Art und Weise der Abwicklung des gestörten Rechtsverhältnisses durch den Berechtigten festgelegt⁵⁴⁾, die "formation"⁵⁵⁾ des Abwicklungsverfahrens abgeschlossen.

Die Wahlmöglichkeit darf nicht mit den einzelnen Beihilfen auf eine Ebene gestellt werden. Die durch diesen gesetzlichen Regelungsvorbehalt⁵⁶⁾ entstehende Ungewissheit ist zwar auch schon eine Sanktion gegen den Störer; den Ausgleich für die Rechtsstörung bringt jedoch nicht die Wahl, sondern der gewählte Rechtsbehelf.

2. Als erstes "Sanktionsmittel"⁵⁷⁾ droht § 325 BGB (ebenso § 326 BGB) die Verpflichtung zu Schadensersatz an. Wählt der "verstörte" Vertragsteil diesen Rechtsbehelf⁵⁸⁾, so tritt an die Stelle der primären eine sekundäre Leistungspflicht des Schuldners: der Plan ist gescheitert, der Schuldner erfüllt nicht, sondern gleicht aus⁵⁹⁾. Das nun - dem Inhalt nach gesetzlich geregelte (§§ 249 ff. BGB) - auf Ausgleich gerichtete Ersatzschuldverhältnis ist jedoch nicht

54) wegen der durch das Nebeneinander der verschiedenen Rechtsbehelfe und die inhaltliche Unbestimmtheit von Schadensersatzansprüchen entstehenden Ungewissheit schlägt BRUNS, Gestaltungsrechte S. 279 f. den der französischen Rechtslehre entlehnten Begriff der "rechtlichen Situation" vor.

55) S.o. § 5 III S. 76 f.

56) Er gehört zu den o. § 6 I S. 85 ff. behandelten Regelungsvorbehalten bezüglich des Leistungsgegenstandes. - Verlangt z.B. der Berechtigte Schadensersatz, so liegt in der Anspruchserhebung zugleich die Wahl dieses Rechtsbehelfs.

57) Vgl. SIBER, Rechtszwang S. 255

58) Hier wird also die Forderung mit ihren Rechtsbehelfen zur Durchsetzung (vgl. o. I) selbst zum Rechtsbehelf - s. hierzu BRUNS, Recht und Pflicht S. 11.

59) OST S. 46 f. weist auf diese gegenüber den Durchsetzungsansprüchen unterschiedliche Aufgabe der "Ausgleichsansprüche" (=Schadensersatz und Bereicherung) hin.

etwas ganz neues, sondern das Ergebnis der Umwandlung des ursprünglichen Schuldverhältnisses⁶⁰⁾.

Dadurch unterscheiden sich vertragliche Schadensersatzverpflichtungen von denen aus unerlaubter Handlung. Letztere treten nicht an die Stelle einer anderen Verpflichtung⁶¹⁾, den Gegensatz von primärer und sekundärer Leistungspflicht gibt es hier nicht. Im übrigen weisen die aus den Ausgleichsverhältnissen⁶²⁾ folgenden Forderungen gegenüber anderen Forderungen keine Besonderheiten auf⁶³⁾.

In den Zusammenhang mit den 'Gestaltungsrechten' mit Rechtsbehelfscharakter gehören die Ersatzverpflichtungen nur insoweit, als sie als Sanktion auf eine Rechtsstörung wirken und somit selbst die Funktion eines Rechtsbehelfs haben. Sie gewähren jedoch dem Berechtigten keinen Eingriff in die Rechte des Störers, sondern müssen wie jede Forderung - notfalls mit Zwang - durchgesetzt werden. Die Wahlmöglichkeit des Berechtigten in den §§ 325, 326 BGB ist kein eigener Rechtsbehelf, sondern gewissermaßen der Köcher, aus dem sich der

60) Bereits o. § 4 IV, bes. N. 29 (S. 72) wurde der Ansicht SIBERs (Rechtswang S. 90 und S. 259), die Ersatzpflichten entstünden mit Vertragsschluß als aufschiebend bedingt, entgegengetreten. Diesem Gedanken entspricht es, wenn SIBER aaO. S. 259 von einem "Schuldverhältnis mit zweifachem Leistungsgegenstand" spricht. - Nach der hier vertretenen Auffassung könnte man das allenfalls im Falle des Verzugs sagen, sobald und solange der Berechtigte zwischen Erfüllung und Ersatz wählen kann.

61) Daß als solche nicht die allgemeine "Pflicht" zur Unterlassung unerlaubter Eingriffe in fremde Rechte gelten kann, wurde o. N. 7 (S. 115) gezeigt.

62) s.o. N. 59 (S. 126)

63) Vgl. BRUNS, Recht und Pflicht S. 13; SIBER, Rechtswang S. 256. - Allerdings sind hier die Störungsmöglichkeiten eingeschränkt: bei Geldersatzverpflichtungen gibt es keine Unmöglichkeit.

Berechtigte den ihm an geeignetsten erscheinenden
Pfeil aussucht.⁶⁴⁾

3. Als zweite Sanktionsmöglichkeit nennt § 325 BGB
(entsprechend wieder § 326 BGB) das Rücktrittsrecht.⁶⁵⁾
Die Sanktion besteht hier darin, daß nicht nur die
Verpflichtung des Schädigers sich inhaltlich ändert;
der gestörte Plan wird nicht mit auf der einen Seite
veränderten Pflichten weiter abgewickelt, sondern -
soweit er schon erfüllt ist - rückabgewickelt.⁶⁶⁾

a) Hier muß nicht nur, wie bei der Schadensersatzver-
pflichtung, zwischen wahlmöglichkeit und Rechtsbehelf
unterschieden werden, zu trennen sind auch Ausübung
des Rechtsbehelfs und Durchführung des Rückabwicklungs-
verhältnisses. Zwischen die wahl und das Rückabwick-
lungsverhältnis schiebt sich die Rücktrittserklärung,
die das Abwicklungsverfahren für das gestörte Rechts-
verhältnis festlegt⁶⁷⁾. Wenn auch die wahl und die
Erklärung des Rücktritts meist in einem vorgenommen
werden, die wahl gehört zur "formation" des Abwick-
lungsverfahrens, die Erklärung des Rücktritts setzt
die Durchführung der Abwicklung in Gang. Damit wird
die Ausübung des Rücktrittsrechts mit ihren wirkungen

64) um an das wehrhafte Beispiel BOTTICHERS, Vortrag
S. 2 anzuschließen. - Eine Änderung nur der Ver-
pflichtung des Störers bedeutet es, wenn der Be-
rechtigte die Abtretung des Herausgabeanspruchs
verlangt. - Die Lösungsmöglichkeit vom Verträge
gem. § 323 BGB (§ 325 I 3 BGB) kann als Unterfall
des Rücktritts hier übergangen werden.

65) Im Zusammenhang mit der o. N. 57 geschilderten
Auffassung SIBERS zur Entstehung der Sekundär-
pflichten ist die Konstruktion des Rücktritts
gem. art. 1184 I cc. beachtlich: "La condition
résolutoire est toujours sous-entendue dans les
contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une
des deux parties ne satisfera point à son en-
gagement."

66) Einprägsam spricht KIPP b. WINDSCHEID § 37 Anm. 3
auf S. 163 von "Abschüttelung einer Verpflichtung".

67) Vgl. o. über N. 55 (S. 126)

gem. den §§ 346 ff. BGB zu einem Eingriff in die Rechte des Vertragsgegners; beim Schadenersatzverlangen bleiben dem Störer seine Forderungen (zwar nicht als Ansprüche, aber doch als Werte) aus dem Vertrag erhalten, beim Rücktritt werden sie (freilich gegen die Entlastung von seinen Verpflichtungen) aufgehoben bzw. wird ihre Erfüllung rückgängig gemacht.

Die gleiche sanktionierende Funktion hat bei Dauer-schuldverhältnissen die außerordentliche Kündigung, allerdings mit ihrer, der Natur "dauernder" Rechtsbeziehungen entsprechenden Besonderheit der Wirkung **ex nunc**.

b) Der Gedanke der Selbsthilfe kann für den sanktionierenden⁶⁸⁾ Rücktritt und die außerordentliche Kündigung mit Recht herangezogen werden. Hat es doch der Berechtigte in der Hand, durch seine Erklärung Rechte des Gegners aufzuheben. Wenn er das ohne Anrufung des Gerichts durch einfache Willenserklärung bewirken kann, so ist wegen der zunächst rein rechtlichen Wirkung dieser "Selbsthilfe" der Rechtsfrieden nicht unmittelbar bedroht⁶⁹⁾. Erkennt der Rücktrittsgegner jedoch die Rücktritts- oder Kündigungsberechtigung nicht an, so entsteht Rechtsunsicherheit, bis ein richterlicher Spruch die Rechtsänderung, d.h. die durch die Erklärung gesetzten Rechtsfolgen, bestätigt.

c) Mag diese Unsicherheit dort in Kauf genommen werden können, wo nur die Interessen der unmittelbar Beteiligten berührt werden, also besonders im Schuldrecht, sie wird schwer erträglich, sobald weitere Personen-

68) Dazu zählen auch die vertraglich eingeräumten Rücktrittsrechte, die die gesetzlichen Rücktrittsgründe erweitern - vgl. o. § 7 I 2 S. 103 f.

69) Vgl. o. § 7 III 4 S. 112 f.

kreise oder das öffentliche Interesse betroffen sind⁷⁰⁾. So erklärt sich die Einschränkung dieser Rechtsbehelfe des materiellen Rechts vornehmlich auf das Schuldrecht. Schwebezuständen grundsätzlich abgeneigt, verlangen Familienrecht (1) und Erbrecht (2), wegen der weite des betroffenen Personenkreises auch das Gesellschaftsrecht (3) besondere Formen für die Ausübung derartiger Rechtsbehelfe, meist die Klage⁷¹⁾.

(1) Hauptbeispiel im Familienrecht ist die Ehescheidung (§§ 41 ff. EheG); ebenso nur durch Klage kann die Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft bei Vorliegen der gesetzlich abschließend aufgezählten Aufhebungsgründe einseitig herbeigeführt werden (§§ 1447 ff., 1469 f. BGB); das gleiche gilt für die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch einen anteilsberechtigten Abkömmling (§§ 1495 f. BGB); für die jederzeit zulässige Aufhebung durch den überlebenden Ehegatten genügt dagegen die in öffentlich beglaubigter Form dem Nachlaßgericht gegenüber abgegebene Aufhebungserklärung, (72) sie ist (gesetzlicher) Regelungsvorbehalt und nicht sanktion (§ 1492 BGB).

(2) Aus dem Erbrecht sei der Pflichtteilentzug (§§ 2333 ff. BGB) als sanktionierender Rechtsbehelf genannt, der der Form der letztwilligen Verfügung bedarf. Das Pflichtteilsrecht ist Ausdruck eines zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigten

70) Das rechtfertigt es, dem Berechtigten den umständlicheren, häufig langwierigen Prozeßweg aufzuerlegen. Aber auch nur insoweit, wie KOHLER, Gestaltungsurteile S. 40 ff. mit Blick auf die romanischen Rechte, die den Gerichtsweg als Regel vorschreiben, ausführt. Die Vorzüge der privatrechtlichen Gestaltungsmacht loben FLECHTHEIM aaO. S. 66 für die Aufhebungsrechte, A.B.SCHWARZ aaO. S. 562 ganz allgemein. Für die "von Haus aus streitgeneigten" (BRUNS, Gestaltungsrechte S. 273), sanktionierenden Gestaltungsrechte wird der Vorteil der vereinfachten Ausübungsform von dem Nachteil der Ungewißheit bis zur - notfalls dann doch gerichtlichen - Beilegung des Streits über die Wirksamkeit der Gestaltung aufgehoben; s. auch u. S. 132 N. 78.

71) S. hierzu P.SCHLOSSER, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile 1966, insbes. S. 29 ff. und E.WOLFF aaO. S. 36 f.

72) Hierzu s.o. § 6 II 2 S. 94 f.

bestehenden Rechtsverhältnisses (73); hierdurch ist der Erblasser kraft Gesetzes in seiner Testierfreiheit beschränkt. Die hieraus folgende Bindung kann der Erblasser durch den Pflichtteilsentzug aufheben, wenn der Pflichtteilsberechtigte sich solcher Verfehlungen schuldig macht, daß er auch nur des Pflichtteils nicht mehr würdig ist.

(3) Die Sicherheit des Rechtsverkehrs erfordert bei den Handelsgesellschaften, die ja auf den Verkehr mit Dritten angelegt sind, klare Verhältnisse; daher wird hier, im Unterschied zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts, für die Kündigung die Form der Klage vorgeschrieben (74), so für die OHG und KG (§ 153 HGB), die GmbH (§ 61 GmbHG).

d) Ob der sanktionierende Eingriff in fremde Rechte auf Grund eines 'Gestaltungsrechts' mit Rechtsbehelfscharakter durch Rechtsgeschäft oder Klage erfolgt, ändert an seiner Funktion, Rechtsstörungen zu erwidern, nichts⁷⁵⁾. Entscheidend ist, daß der Berechtigte sich von der Bindung an den Störer befreien kann; hinter diesem sachlichen Gehalt der "Lösungsbefugnisse"⁷⁶⁾ tritt die unterschiedliche Form

73) So RGZ 92, 1 ff.; das Reichsgericht spricht von der "Befugnis" des Erblassers, "ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis, kraft dessen er verpflichtet ist, gewissen ihm nahestehenden Personen einen Teil seines Vermögens zu hinterlassen, zum Erlöschen zu bringen." Diese Befugnis wird als "Recht des rechtlichen Könnens" bezeichnet (aaO. S. 7).

74) Als Sanktion für einen "wichtigen Grund".

75) BÖTTICHER, Gestaltungsrecht S. 45 weist darauf hin, daß der Selbsthilfegedanke allein nicht den vollen Gehalt der 'Gestaltungsrechte' ausmache; erst die Unabhängigkeit von der Mitwirkung des Gegners könne die Verbindung zwischen Gestaltungsrecht und Gestaltungsklagerecht herstellen. - Vgl. auch BÖTTICHER, Streitgegenstand im Eheprozeß S. 82 ff. - Die funktionale Gleichbedeutung betont auch BRUNS, Gestaltungsrechte S. 274 f., wo die "Gestaltungsklagebefugnis" (hierzu s. BRUNS, Lehrbuch § 24 III) "zum materiellen Recht oder doch zu jenem Zwischenreich, in dem innerhalb der Ordnung des materiellen Rechts die Waffen für den Prozeß zugeschliffen werden", neben dem "Anspruch in seinem strengen Sinne (als Sekundärrecht)" gerechnet wird.

76) Unter diesem Begriff könnte man Rücktritt und außerordentliche Kündigung zusammenfassen.

ihrer Geltendmachung zurück.⁷⁷⁾

Ordnen sich so die 'Gestaltungsrechte' mit Rechtsbehelfscharakter in das System des Rechtsschutzes ein, so sollte man das Selbsthilfemoment, das sie enthalten⁷⁸⁾, nicht zu sehr in den Vordergrund rücken. wesentlicher als die Unterscheidung zwischen "Selbsthilfegestaltungsrechten" und "Gestaltungsrechten mit gerichtlicher Durchsetzung"⁷⁹⁾ ist der funktionale Unterschied zwischen Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf.

III. Rechtsbehelfe der Verteidigung.

Des Rechtsschutzes bedarf es nicht nur zur Behauptung oder Durchsetzung von Rechten, sondern auch zur Abwehr von Rechtsanmaßungen⁸⁰⁾. wer in Anspruch genommen wird, obwohl er ein Leistungsverweigerungsrecht hat - sei es nur aufschiebender, sei es dauernder Natur -, wird in seinem Rechtsfrieden gestört. Die Einrede gewährt ihm, sich gegen den Angriff zur Wehr zu setzen.

während SECKEL⁸¹⁾ die Einrederechte mit der Begründung, sie ließen das entsprechende Recht in seinem Bestande unberührt, aus dem Kreis seiner Gestaltungsrechte

77) Bereits KOHLER, Gestaltungsurteile, warnt vor dem "Riß", der sonst in das bürgerliche Recht käme (aaO. S. 43). - Den Schwerpunkt auf die Form der Gestaltung legt dagegen KISCH, Urteilslehre S. 47; vgl. auch WOLFF aaO. S. 29 ff.; ähnlich neuerdings HENCKEL aaO. S. 32 ff. und STAAB aaO. S. 99 ff. (für die Gestaltungsklagen des Ehrechts).

78) und das ihnen, wie der tatsächlichen Selbsthilfe, den Charakter der Vorläufigkeit im Streitfall gibt - vgl. BRUNS, Gestaltungsrechte S. 280; BÖTTICHER, Gestaltungsrecht S. 75 sieht den eigentlichen Wert dieser "Selbsthilfe" für die "liquiden bzw. unstreitigen Fälle".

79) Hierzu s.o. § 7 III S. 107 ff.

80) S.o. § 7 II 1, bes. N. 7 (S. 105)

81) SECKEL aaO. S. 216; ebenso OERTMANN, Kommentar B 1 vor § 194 (S. 703); DÖLLE (aaO. S. 12), der seine Ansicht mit prozessualen Erwägungen begründet.

ausschloß, wurde⁸²⁾ und wird⁸³⁾ überwiegend die gegen-
teilige Ansicht vertreten; mit Recht wird SECKEL ent-
gegenhalten, daß ja auch die bloße Anspruchshemmung
wenigstens eine Rechtsänderung, wenn auch keine Rechts-
aufhebung, bedeute.⁸⁴⁾

Betrachtet man die Vielfältigkeit der Einreden⁸⁵⁾, so
wird einem klar, daß die bunte Palette der 'Gestal-
tungsrechte' mit der Einbeziehung der Einreden nicht
nur einen weiteren Farbklecks erhält: es ist vielmehr
eine eigene, zweite und nicht minder bunte Palette.
Die Einredegründe reichen von der Stundung über die
Verjährung bis hin zur Einrede der Anfechtbarkeit gem.
dem Anfechtungsgesetz (§ 5). Im letzten Fall geht die
Einrede über die bloße Verteidigung hinaus. Der Be-
griff der "rechtsverfolgenden Einrede"⁸⁶⁾ zeigt, daß
die Einrede auch eine Form der Anspruchserhebung sein
kann⁸⁷⁾.

Die Einrede ist - wie der Anspruch, dem sie entgegen-
wirkt⁸⁸⁾ - das Rechtsschutzmittel, den Einredegrund
geltend zu machen. Welch unterschiedlicher sachlicher
Gehalt sich hinter der gemeinsamen Bezeichnung "Einrede"
verbirgt, zeigt sich deutlich, wenn man einige Bei-
spiele nebeneinander stellt.

82) Vgl. etwa ZITELMANN, Allgemeiner Teil S. 28 f.;
WALSMANN aaO. S. 115 ff.; v.TUHR aaO. I 291 f.;
HELLWIG, Lehrbuch S. 249. - BIERMANN aaO. S. 110
spricht noch von einem "prozessualen Gestaltungs-
recht", allein an die im Prozeß erhobene Einrede
denkend.

83) So neuestens JAHR aaO. S. 293 f., SCHLOSSER, Ein-
rede S. 264 und JOOSS aaO. S. 34 f.

84) S. z.B. SCHLOCHOFF aaO. S. 6 ff.

85) Einen Überblick gibt JAHR aaO. S. 125

86) THON in Jher Jb 28(1889), 37 ff.

87) Dazu s.o. I 2 d S. 123 - Vgl. hierzu auch BEKKER,
o. § 1 über N. 22 (S. 10).

88) Der Einredegrund betrifft stets nur eine einzelne
schuldrechtliche Beziehung, SCHLOSSER, Einrede
S. 264

Nimmt man die Einrede der Stundung: der Einredegrund liegt darin, daß die Fälligkeit der Forderung - gegebenenfalls durch eine nachträgliche Stundungsabrede - hinausgerückt ist. Ist das nicht eher eine Eigenschaft der Forderung als ein besonderes Recht des Verpflichteten? - Ähnlich ist es bei der Verjährung; sie trägt der Auflösungstendenz der Forderungen Rechnung, die einer Verewigung des "Spannungsverhältnisses" (89) entgegensteht. - Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist Verteidigung und Angriff zugleich; entsprechend dem synallagmatischen Zusammenhang der Forderungen ist sie nur Ausdruck von deren gegenseitiger Abhängigkeit. Es kommt auf den Einzelfall an, ob hier die Durchsetzfunktion oder die Verteidigungsfunktion überwiegt. Ebenso ist es bei der Anfechtungseinrede gem. § 5 AnfG.

Daß innerhalb der Einreden zu differenzieren ist, klingt bei BOTTICHER⁹⁰⁾ an, wenn er die Einreihung der Einrederechte unter die Gestaltungsrechte "jedenfalls dort" für "gerechtfertigt" hält, "wo sie einen Anspruch auf Aufhebung oder Vernichtung des klägerischen Rechts geltend machen." In dieser Formulierung kommt - wohl unbewußt - zum Ausdruck, daß die Einrede nur die gemeinsame Form für die Geltendmachung von Einredegründen darstellt, deren Inhalt aber sehr verschieden sein kann. Dann ist die Frage, ob die Einreden 'Gestaltungsrechte' seien, verfehlt; diese Frage kann nur für die verschiedenen Einredegründe gestellt werden. - Für die "peremptorischen Einreden" hat SCHLOSSER⁹¹⁾ wohl überzeugend dargelegt, daß nicht erst die Einrede, sondern schon die einredobegründenden Tatsachen die Rechtsänderung herbeiführen.

89) vgl. o. N. 8 und 9 (S. 116)

90) Gestaltungsrecht S. 49

91) Einrede S. 264 ff. - Allerdings dürfte SCHLOSSER dann auch nicht mehr von 'Gestaltungsrechten' sprechen. Tritt die Einredewirkung ipso iure ein, dann bedarf es keiner 'Gestaltung' mehr.

IV. Rechtsbehelfe zur Geltendmachung von Entstehungsmängeln eines Rechtsverhältnisses.

1. Die bisher behandelten Rechtsbehelfe dienen der Behebung von Rechtsstörungen bei der Durchführung von Rechtsverhältnissen. Doch kann die Rechtsstörung schon beim Zustandekommen des Rechtsverhältnisses eintreten und in der Existenz desselben fortwirken. Nicht stets haben Entstehungsmängel die Unwirksamkeit des Rechtsverhältnisses zur Folge. In einigen Fällen gibt das Gesetz demjenigen, der durch den Mangel betroffen wird, mit der Anfechtungsbefugnis die Möglichkeit, das schwebend wirksame Rechtsverhältnis aufzuheben. Die Anfechtung ist damit ein weiterer Fall des Eingriffs in fremde Rechte als Reaktion auf eine Störung. Was hier gestört wird, soll bei den einzelnen Beispielen untersucht werden.

Da die Anfechtungsgründe an den Entstehungstatbestand anknüpfen, scheinen sie aus dem Rahmen der Rechtsfolgen aus bestehenden Rechtsverhältnissen ("situations juridiques en cours d'effet"⁹²⁾) herauszufallen. Sieht man in dem Anfechtungsgrund eine "auflösende Gesetzesbedingung"⁹³⁾, dann könnte man die Anfechtungsbefugnis als gesetzlichen Regelungsvorbehalt einordnen: erst die Ausübung bzw. der Fortfall der Anfechtungsbefugnis schafft Klarheit über den endgültigen Bestand des Rechtsgeschäfts und bringt so erst den Abschluß der "formation"⁹⁴⁾.

92) Vgl. o. § 5 III S. 76 f.

93) Motive I S. 219

94) BRUNS, Recht und Pflicht S. 6 stellt die Anfechtung dementsprechend in den Zusammenhang der "Befugnisse einseitiger Blankettausfüllung".

Der wesentliche Unterschied gegenüber den Regelungsvorbehalten besteht jedoch darin, daß die Anfechtung eine rein negative Funktion hat. Hier werden nicht offene Fragen des Planes ergänzend geregelt, sondern der Plan wird umgestoßen. Anlaß für die Anfechtung ist nicht ein der einen Seite eingeräumter Vorbehalt, es ist vielmehr - abgesehen von dem Fall der Irrtumsanfechtung - eine Sanktion, gerichtet gegen denjenigen, auf dessen Konto der Entstehungsmangel geht.

Als Reaktion auf eine Rechtsstörung ist somit auch die Anfechtung ein Mittel des Rechtsschutzes⁹⁵⁾, ein Rechtsbehelf.

2. Das Gesetz nimmt eine Wertung der verschiedenen Entstehungsmängel vor und berücksichtigt die bis zur Entdeckung des Mangels eingetretene Lage, wenn es bald Unwirksamkeit, bald lediglich Anfechtbarkeit anordnet. Nicht jeder Mangel rechtfertigt es, das Geschehene "ungeschehen" zu machen.

So überläßt es das Gesetz dem Betroffenen, Willensmängel geltend zu machen; es greift jedoch unmittelbar ein, wenn strenge Formvorschriften⁹⁶⁾ verletzt oder die guten Sitten mißachtet werden.

Historisch stellt sich die Anfechtbarkeit als eine besondere Form der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften, aber auch von Rechtsverhältnissen, dar⁹⁷⁾. So ist auch die Anfechtung im Allgemeinen Teil des BGB im Zusammenhang mit der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften geregelt. - Der Begriff der Anfechtung findet sich jedoch nicht nur in Fällen, wo es um die Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses zwischen den daran Beteiligten geht. Das gilt einmal für die Gläubigeranfechtung

95) Vgl. KLOPPEL, Entwurf S. 640

96) die allerdings heilbar sein können.

97) S. hierzu STROHAL aaO. S. 2 f.

nach der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz; hier ist das Rechtsgeschäft zwischen den Parteien wirksam, der Gläubiger als Dritter kann lediglich die ihn benachteiligende Wirkung abwehren⁹⁸⁾. -

Zum andern findet sich die Anfechtung als Kontrollmöglichkeit der Minderheit im Gesellschaftsrecht (z.B. §§ 241 ff. AktG 1965). Hier geht es nicht um den Bestand eines Rechtsverhältnisses, sondern um das Zustandekommen eines gültigen Beschlusses; auch die Anfechtung dient letztlich diesem Ziel, ist nicht "gegen" die Mehrheit gerichtet, sondern eine Form der Mitwirkung bei der gemeinsamen Willensbildung⁹⁹⁾. - Die beiden letztgenannten Arten der Anfechtung sollen wegen ihrer völlig anderen Funktion hier außer Betracht bleiben.

3. Die Anerkennung von Willensmängeln als Anfechtungsgrund dient der Wahrung der "wechselseitigen" Privatautonomie¹⁰⁰⁾. Die Anfechtung ist ein Mittel, die gestörte "Autonomie des Individuums"¹⁰¹⁾ wiederherzustellen¹⁰²⁾.

a) Bei Täuschung, Drohung oder Zwang (§ 123 BGB) ist die Anfechtung obendrein eine Sanktion gegen den Gegner, der die Störung der Willensbildung bewußt herbeigeführt hat.

98) KLÖPPEL, Entwurf S. 640 weist auf diese Unterschiede hin; ihrerwegen wurde die "Anfechtbarkeit" bei Willensmängeln heftig umstritten. - Wenn BOTTICHER (Gestaltungsrecht S. 50 Anm. 16) die "Rehabilitierung der Gestaltungsnatur der Anfechtung" (scl. der Gläubigeranfechtung) fordert, so darf die verschiedene Zielrichtung der Anfechtungsbefugnisse nicht übersehen werden.

99) Vgl. o. § 3 A II 4 S. 55 f. - BOTTICHER (Gestaltungsrecht S. 64) verdeutlicht an der Parallele zu den Rechtsmitteln, daß hier die Anfechtbarkeit weniger ein Haben des Anfechtungsberechtigten ist, denn ein Mangel des Hauptversammlungsbeschlusses.

100) Dazu s. o. § 4 I S. 66

101) NEUBECKER aaO. S. 38

102) Hierzu s.o. § 5 IV 2 S. 82.- Treffend meint STEFFEN aaO. S. 26, die Anfechtung diene "der Herstellung der Willensfreiheit".

b) Bei der Irrtumsanfechtung liegt die Störung der willensbildung in der Person des Erklärenden selbst¹⁰³⁾. wenn daher die Anfechtung auch nicht als Sanktion gegen den anderen Teil aufgefaßt werden kann - dieser hat keine Rechtsstörung begangen -, so kann man wohl auch hier von einem Rechtsbehelf sprechen, der es ermöglicht, das durch den Irrtum verfälschte Mitwirkungsprinzip wiederherzustellen.

c) Eine teilweise einschränkende Regelung der Willensmängel und ihrer Folgen enthält das Ehegesetz (§§ 28 ff.).

d) Das Erbrecht enthält spezielle Vorschriften über die Anfechtung von Testamenten wegen Willensmängeln. - Eine Besonderheit bringt die Geltendmachung der Erbnunwürdigkeit im Wege der Anfechtungsklage (§§ 2339 ff. BGB). Auch hier handelt es sich um Entstehungsmängel eines Rechtsverhältnisses, nur daß nicht der Inhalt der letztwilligen Verfügung beeinflußt - so allenfalls in Ziff. 3 von § 2339 BGB -, sondern der Wille des Erblassers völlig ausgeschaltet wird.

Das Beispiel der Anfechtung des Erbschaftserwerbes wegen Erbnunwürdigkeit wird allgemein als Fall eines selbständigen 'Gestaltungsrechts' angeführt (104). Man sollte jedoch bedenken, daß die Anfechtungsbefugnis an ein bestimmtes Verhältnis zu dem Erblasser gebunden ist. Erst hierdurch kann ja dem Berechtigten der wegfall des Erbnunwürdigen "zustatten kommen". (105)

4. Wird ein Kind auf Grund der äußeren Umstände zunächst als ehelich angesehen, so kann man ebenfalls von einem Entstehungsmangel eines Rechtsverhältnisses (Kindschaftsverhältnis) sprechen, der im Wege der Anfechtung geltend gemacht werden kann (§§ 1594 ff.; 1721, 1735 a BGB).

5. Die gleichen Gründe wie bei den sanktionierenden Rechtsbehelfen¹⁰⁶⁾ erfordern - je nach Art der Rechtsbeziehungen - bestimmte Formen der Anfechtung, so z.B. die Klage in den beiden zuletzt genannten Beispielen. Das zeigt, daß auch bei den Anfechtungsbefugnissen das Selbsthilfemoment nicht das entscheidende Kriterium für ihre rechtliche Einordnung sein kann.

103) Dem trägt die Vorschrift des § 122 BGB Rechnung.

104) So z.B. v.TUHR aaO. I S. 160

105) Vgl. § 2341 BGB

106) S. o. II 3c, d S. 129 ff.

Schlußbemerkung:

So sehr sich auch Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf ihrer Funktion nach unterscheiden - dort planer-gänzende Normsetzung, hier Sanktion auf eine Rechts-störung-, gemeinsam ist ihnen die Berechtigung zu einseitigem, belastendem Eingriff in einen fremden Rechtskreis¹⁾. Diese Gemeinsamkeit rechtfertigt die Zusammenfassung beider Gruppen unter dem Begriff 'Gestaltungsrechte'.

V o r der Ausübung von Regelungsvorbehalt und Rechts-behelf ist dem Berechtigten zunächst nur die Möglich-keit des Eingriffs eingeräumt, der Gestaltungsgegner muß mit dieser Möglichkeit rechnen. Damit haftet der G e s t a l t u n g s l a g e eine gewisse Unbestimmt-heit an, die erst mit der Ausübung oder aber dem Ver-lust des 'Gestaltungsrechts' behoben wird. Diese Lage²⁾ ist vom Berechtigten aus gesehen eine p o s i t i v e Aussicht (eine Chance), vom Gestaltungsgegner aus be-trachtet ist es eine n e g a t i v e Aussicht (i.S. des "Unterworfenenseins"³⁾).

1) vgl. o. § 3 A II 7 (S. 60)

2) Zu dem auf KOHLER zurückgehenden, von GOLDSCHMIDT zum Angelpunkt seines Hauptwerkes (Der Prozeß als Rechtslage) erhobenen Begriff der "Rechts-lage" und ihren verschiedenen Arten s. BRUNS, Lehrbuch § 1 III S. 7 ff.

3) s.o. § 4 III S. 69

Der funktionale Unterschied von Regelungsvorbehalt und Rechtsbehelf spiegelt sich in dem Charakter der Gestaltungslage wider: beim R e g e l u n g s v o r - b e h a l t besteht eine Ausfüllungssituation, der Gestaltungsgegner kann und muß mit der Ausübung des Regelungsvorbehaltes rechnen, da erst hierdurch die "formation" des Rechtsverhältnisses abgeschlossen wird⁴⁾; beim R e c h t s b e h e l f ist es dagegen völlig ungewiß, ob der Berechtigte ihn anwendet, über dem Gestaltungsgegner hängt das Damoklesschwert der möglichen, doch nicht notwendigen Anwendung des Sanktionsmittels⁵⁾.

4) Das wird deutlich beim Spezifikationskauf (§ 375 HGB), wo der Regelungsvorbehalt auf den anderen Teil übergeht, wenn der Berechtigte ihn nicht ausübt.

5) In dieser erhöhten Unbestimmtheit der Gestaltungslage bei den Rechtsbehelfen liegt eine zusätzliche Sanktion für den Gestaltungsgegner.

Lebenslauf:

Am 13. August 1939 wurde ich als jüngster der vier Söhne des Dr.rer.pol. Friedrich Otto Meesmann und seiner Ehefrau Charlotte, geb. Müller in Potsdam-Babelsberg geboren.

Am 17. Juni 1959 legte ich die Reifeprüfung am Bundesgymnasium in Salzburg (Österreich) ab.

Nach zehensemestrigem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Wien, Freiburg, München, Dijon und Marburg bestand ich das erste juristische Staatsexamen am 18. Dezember 1964 in Frankfurt, Main.

Von März 1965 bis März 1968 leistete ich den juristischen Vorbereitungsdienst in Hessen ab. während dieser Zeit besuchte ich im Sommersemester 1966 die Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer. Vom 1. Oktober 1966 bis 31. Oktober 1967 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg angestellt.

Am 12. Juli 1968 bestand ich in Marburg das Assessorexamen. Seit Oktober 1968 bin ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Industrie- und Handelskammer Darmstadt angestellt.

